



ACADEMIA ROMÂNĂ
INSTITUTUL DE CERCETĂRI JURIDICE
„Acad. Andrei Rădulescu”



ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN DEZVOLTAREA NOULUI DREPT ROMÂN

Sesiunea anuală de comunicări științifice



**10 mai 2019
București**

ISBN 978-606-39-0464-6

COMITETUL ȘTIINȚIFIC

Președinte:

prof.univ.dr. **Mircea DUȚU**

Director

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Sofia POPESCU**

cercetător științific emerit,

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Dumitra POPESCU**

cercetător științific emerit,

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Rodica STĂNOIU**

cercetător științific emerit,

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Raluca DIMITRIU**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Dana TOFAN**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Gheorghe BUTA**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

prof.dr. **Mihai ȘANDRU**

CS I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Tudor AVRIGEANU**, *M.iur.comp.*

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf.dr. **Alexandrina ȘERBAN**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf.dr. **Bogdan PĂTRAȘCU**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf.dr. **Ion IFRIM**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf.dr. **Versavia BRUTARU**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

conf.dr. **Aura PREDA**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Dumitru DOBREV**

CS, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

COMITETUL de ORGANIZARE

Președinte:

prof.univ.dr. **Mircea DUȚU**

Director

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Tudor AVRIGEANU**, *M.iur.comp.*

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Ion IFRIM**

CS II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Versavia BRUTARU**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Mihaela-Gabriela BERINDEI**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Aura PREDA**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Ion FLĂMÎNZEANU**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Andrei CONSTANTIN**

CS III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

dr. **Dumitru DOBREV**

CS, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Consilier juridic, **Rozalia FLĂMÎNZEANU**

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Consilier juridic, **Iolanda VASILE**

Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

Conf. univ. dr. **Adrian-Milutin TRUICHICI**

Universitatea „Titu Maiorescu”, Facultatea de Drept

Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

CUPRINS

CUVÂNT-ÎNAINTE	13

SECȚIUNEA DREPT PRIVAT I

REFLECȚII CU PRIVIRE LA TRANSMISIUNEA SUCCESORALĂ ȘI CARACTERELE SALE JURIDICE / Reflections on Successorial Transmission and its Legal Characteristics Ilioara GENOIU, Bogdan PĂTRAȘCU	17
CÂTEVA ASPECTE PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN EXERCITAREA AUTORITĂȚII PĂRINTEȘTI ÎN CAZ DE DIVORȚ / Some Aspects on The Role of Jurisprudence in the Execution of The Parent Authority in The Event of Divorce Mihaela Gabriela BERINDEI	22
LOCUINȚA COPILULUI VERSUS RELAȚII PERSONALE EXTINSE / Child's House Versus Extended Personal Relations Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU	27
RELAȚII DE FAMILIE. NOUTĂȚI ȘI PRECIZĂRI / Family Relations. News and Clarifications Lidia-Simona SECELEANU	32
MODALITĂȚI DE EXERCITARE A DREPTULUI DE OPȚIUNE MATRIMONIALĂ / Modalities for The Exercise of The Matrimonial Option Right Silvia IOSA	37
PACTELE COMISORII – CONSTRUCȚIE DOCTRINARĂ ȘI JURISPRUDENȚIALĂ, CONSACRATĂ LEGISLATIV ÎN NOUL COD CIVIL Nora Andreea DAGHIE	44
CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE. Evoluție – Noutăți Adela PÎRLICĂ-TEOTEOI	51
DREPTUL LA DEMNITATE. O PERSPECTIVĂ JURISPRUDENȚIALĂ / The Right to Dignity. A Jurisprudential Perspective Izabela BRATILOVEANU	57
DREPTUL LA VIAȚĂ PRIVATĂ. CONTURAREA UNOR NOȚIUNI, CA URMARE A JURISPRUDENȚEI C.E.D.O. ȘI C.J.U.E. / Right to Private Life. Shaping of Notions Following the Jurisprudence of C.E.D.O. and C.J.U.E. Adrian Milutin TRUICHICI, Luiza NEAGU	64
MANIFESTĂRI JURISPRUDENȚIALE ACTUALE ÎN APLICAREA PRINCIPIULUI AUTONOMIEI DE VOINȚĂ / Actual Jurisprudential Manifestations in The Application of Volition Autonomy Principle Andreea Mariana SIMA	69
LIPSA CARACTERULUI CERT AL CREANȚEI CUPRINSE ÎNTR-O CLAUZĂ PENALĂ DINTR-UN ACT AUTENTIFICAT DE NOTARUL PUBLIC / The Lack of Certain Character of the Debt Included in a Criminal Clause in an Act Authorized by the Public Notary Vlad-Victor OCHEA	73
APLICAREA DE CĂTRE INSTANȚELE JUDECĂTOREȘTI A MĂSURILOR DE RESTITUIRE ÎN NATURA ȘI A MĂSURILOR REPARATORII REFERITOR LA IMOBILELE PRELUATE ABUZIV DE LA ACADEMIA ROMÂNĂ / The Application by The Judicial Institutions of the Reimbursement Measures in Nature and The Repair Measures Concerning the Assets Taken Abusively From The Romanian Academy Dumitru DINU	76

RĂSPUNDEREA CIVILĂ PENTRU DAUNE MORALE ÎN REGLEMENTAREA ACTUALULUI COD CIVIL / Civil Liability for Moral Damage in The Actual Civil Code Laura MANEA	82
NATURA JURIDICĂ A CONTRACTULUI DE FURNIZARE DE SERVICII MEDICALE / The Juridical Nature of Supply Agreement of Medical Services Laura-Valeria MALINETESCU	88
SECȚIUNEA DREPT PRIVAT II	
PROBLEME ALE PRACTICII JUDECĂTOREȘTI PRIVIND ÎNCETAREA CONTRACTULUI DE MUNCĂ PE PARCURSUL PERIOADEI DE PROBĂ / Problems of Judicial Practice on Termination of Labor Contract During The Probationary Period dr. Raluca DIMITRIU	95
CONSIDERAȚII PRIVIND UNELE DECIZII PRONUNȚATE DE ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE CU PRIVIRE LA RAPORTURILE DE MUNCĂ ȘI DE ASIGURĂRI SOCIALE ÎN ANUL 2018 / Considerations on Some Decisions Given by The High Court of Cassation and Justice on Labor Relations and Social Insurance in 2018 Dan ȚOP, Ana Maria Alexandra IANCU	102
JURISPRUDENȚA NEUNITARĂ A INSTANȚELOR DE JUDECATĂ ÎN LITIGIILE REFERITOARE LA DREPTURI SALARIALE ȘI ALTE DREPTURI CONEXE. EXAMEN CRITIC / Non Unitary Jurisprudence of The Courts in Disputes Relating to Salary Rights and Other Related Rights. Critical Examination Viorel TATU	108
ROLUL JURISPRUDENȚEI EUROPENE ÎN MATERIE DE NEDISCRIMINARE / The Role of European Jurisprudence in Case of Non-discrimination Dragoș Lucian RĂDULESCU	116
SCURT EXAMEN (PARȚIAL CRITIC) ASUPRA JURISPRUDENȚEI ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE – COMPLETURI PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIA EXECUTĂRII SILITE / Brief Examination (Partially Critic) on Jurisprudence of High Court of Cassation and Justice – Panels for Solving of Right Matters in The Matter of Enforcement Proceedings Nicolae-Horia ȚIȚ	121
ROLUL JURISPRUDENȚEI CURȚII CONSTITUȚIONALE ȘI A JURISPRUDENȚEI INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI ÎN REGLEMENTAREA INSOLVENȚEI PROFESIONIȘTILOR / The Role of The Constitutional Court Jurisprudence and Jurisprudence of The Common Courts in Regulation of The Insolvency of Professionals Nicoleta ȚÂNDĂREANU	131
ROLUL ȘI IMPORTANȚA CATEGORIILOR ÎN DREPTUL PROCESUAL CIVIL / Role and Importance of Categories in The Civil Procedure Ionuț NEFLIU	137
IMPORTANȚA PREDICTIBILITĂȚII ÎN ARBITRAJ / The importance of Predictability in Arbitration Cristina Ioana FLORESCU	141
ADUNAREA GENERALĂ A ASOCIAȚIILOR – EVOLUȚIE JURISPRUDENȚIALĂ / Assembly Associations. The Evolution of Jurisprudence Dragoș DAGHIE	147
IMPACTUL JURISPRUDENȚEI LIMITATE ASUPRA FIDUCIEI ÎN DREPTUL ROMÂN / The Impact of Limited Jurisprudence on Fiducia in Romanian Law Günay DUAGI	152

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND REGIMUL JURIDIC AL TRUSTULUI ȘI AL FIDUCIEI / Some Considerations on The Legal Framework of Trust and Fiducia Laura Magdalena TROCAN.....	158

SECȚIUNEA DREPT PUBLIC

Teoria Generală a Dreptului, Filosofia și Sociologia dreptului Drept Constituțional, Drept administrativ

JURISPRUDENȚA-RESURSĂ MAJORĂ A DIMENSIUNII PRACTICE A FILOSOFIEI DREPTULUI / Jurisprudence – Major Resource of The Practical Dimension of The Philosophy of Law Ion CRAIOVAN.....	167

JURISPRUDENȚA – IZVOR DE DREPT / Jurisprudence – Source of Law Mihai BĂDESCU.....	172

UNELE ASPECTE METODOLOGICE ALE PRACTICII RECENTE A CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI / Some Methodological Aspects of The Romanian Constitutional Court's Recent Practice Marius BALAN.....	179

DREPTUL LA CULTURĂ ȘI IMPORTANȚA LUI FUNDAMENTALĂ ÎN PROTECȚIA JURIDICĂ A PATRIMONIULUI CULTURAL / The Right to Culture and its Fundamental Importance in The Legal Protection of The Cultural Heritage Sorin IVAN.....	185

CONSIDERAȚII PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI CA INSTRUMENT DE EXPRIMARE ȘI DISEMINARE A CULTURII JURIDICE ÎN SISTEMUL DREPTULUI ROMÂN / Considerations Regarding the Role of Jurisprudence as an Instrument of Expression and Dissemination of Legal Culture in The Romanian System of Law Claudiu Ramon D. BUTCULESCU.....	190

PARTICULARITĂȚI ALE JURISPRUDENȚEI ÎN DREPTUL ROMÂNESC CONTEMPORAN / Particularities of Jurisprudence in Romanian Contemporary Law Emilian CIONGARU, Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU.....	198

CONTINUITATE ȘI DISCONTINUITATE ÎN JURISPRUDENȚA ROMÂNEASCĂ / Continuity and Discontinuity in Romanian Jurisprudence Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU, Emilian CIONGARU.....	202

REFORMA ÎN DOMENIUL JUSTIȚIEI ȘI CALITATEA ACTULUI DE JUSTIȚIE – COMPONENTE NECESARE ALE PROGRESULUI SOCIAL. ASPECTE RELEVANTE ALE CONTENCIOSULUI CONSTITUȚIONAL / Justice Reform and Quality of The Act of Justice – Necessary Components of The Social Progress. Comments on Relevant Constitutional Litigation Simona-Maya TEODOROIU, Ionița COCHINȚU.....	205

ROLUL JURISPRUDENȚEI REFERITOARE LA APLICAREA PRINCIPIULUI CONSTITUȚIONAL AL EGALITĂȚII ÎN DREPTURI ÎN DEZVOLTAREA NOULUI DREPT ROMÂN / The Role of Jurisprudence Regarding The Application of The Constitutional Principle of Equal Rights in The Development of The New Romanian Law Nicolae PAVEL.....	211

JURISPRUDENȚA CONSTITUȚIONALĂ – FACTOR DE STABILITATE ȘI SECURITATE JURIDICĂ / Constitutional Jurisprudence – Factor of Stability and Legal Security Florina MITROFAN.....	215

CONTRIBUȚII ALE JURISPRUDENȚEI LA DEZVOLTAREA CONTROLULUI DE CONSTITUȚIONALITATE AL LEGILOR ÎN ROMÂNIA / Contributions of Jurisprudence to The Development of The Constitutionality Review of Laws in Romania Marius ANDREESCU	220
DREPT RAȚIONAL, DREPT POZITIV ȘI JURISPRUDENȚĂ ÎN DOCTRINA JURIDICĂ / Rational Law, Positive Law and Jurisprudence in Legal Doctrine Viorel MIULESCU	227
CONSIDERAȚII REFERITOARE LA RECEPTAREA ÎN DREPTUL ROMÂN A STANDARDELOR STABILITE PRIN JURISPRUDENȚA EUROPEANĂ ÎN MATERIA LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE / Considerations Concerning The Reception in Romanian Law of Standards Established by European Jurisdiction on Freedom of Expression Matter Carmen MOLDOVAN	232
PROBLEMATICA ȘTIINȚIFICĂ A BIOETICII REFLECTATĂ ÎN DOMENIUL SOCIO-JURIDIC / Scientific Problems of Bioethics Reflected in The Socio-Legal Field Corina Ramona IONIȚĂ	239
JURISPRUDENȚA – FACTOR DECISIV ÎN EVOLUȚIA LEGIFERĂRII / Jurisprudence – Decident Factor in The Development of Legislation Mihaela AGHENI ȚEI , Jafar SAMDANI	244
ASPECTE TEORETICE ȘI JURISPRUDENȚĂ ÎN MATERIE CANONICĂ PRIVIND PROBLEMA AUTOCEFALIEI BISERICEȘTI / Theoretical Aspects and Jurisprudence in Canonic Matter Regarding The Issue of Church Autocefaly Cosmin SANTI	248
JURISPRUDENȚA – PRACTICĂ NEUNITARĂ A ART. 24 DIN LEGEA NR. 554/2004 A CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV / Jurisprudence – Non-Unitarian Jurisprudence of Article 24 of Law no. 554/2004 The Administrative Contentious Anca-Verginica ALDESCU	257
REFLECȚII CU PRIVIRE LA DREPTUL DE PROPRIETATE PUBLICĂ AL UNIUNII EUROPENE / Reflections on The Public Property Law of the European Union Dr. Valentin-Stelian BĂDESCU	263
FICȚIUNEA JURIDICĂ – CONȚINUT, ESENȚĂ ȘI FORMĂ ÎN DREPT / Legal Fiction – Content, Essence and Form in Law Cristian NEACȘIU	271
CONSIDERAȚIUNI PRIVIND DREPTURILE OMULUI ÎN CONTEXTUL DEZVOLTĂRII TEHNOLOGIILOR INFORMAȚIONALE / Considerations on Human Rights in The Context The Development of Information Technologies Igor SEROTILA	276
SECȚIUNEA DREPT INTERNAȚIONAL PUBLIC ȘI DREPT EUROPEAN	
ASPECTE PRIVIND APLICAREA REGULAMENTULUI NR. 679 DIN 2016 PRIVIND PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL ÎN ROMÂNIA / Aspects Regarding the Application of Regulation no. 679 of 2016 on the Protection of Personal Data in Romania Daniel-Mihail ȘANDRU	283
ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN ORDINEA JURIDICĂ A UNIUNII EUROPENE / Role of Jurisdudence in The Legal Order of The European Union Nicoleta DIACONU	293

DREPTURILE COPILULUI VS. JURISPRUDENȚA CEDO / Rights of the Child vs. ECHR Jurisprudence Roxana-Daniela PĂUN	297
DEFINIȚIA INVESTIȚIEI INTERNAȚIONALE ÎN HOTĂRĂRI ARBITRALE. INSUFICIENȚA PREVEDERILOR DREPTULUI INTERN ÎN MATERIE / Definition of International Investment in Arbitration Judgments. Insufficiency of Domestic Law Provisions in The Matter Cristina Elena POPA TACHE	303
ASPECTE PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI INTERNAȚIONALE DE MEDIU / Aspects of the Role of International Environmental Case Laws Cristina M. KASSAI	307
O FORMĂ ATIPICĂ DE RĂSPUNDERE CIVILĂ DELICTUALĂ – RĂSPUNDEREA PENTRU DAUNELE ADUSE MEDIULUI / An Atipic Form of Civil Liability – Liability for Environmental Damage Florin Octavian BARBU	312
CONTRIBUȚIA JURISPRUDENȚEI LA EXPLICITAREA SEMNIFICAȚIILOR ȘI AFIRMAREA PRINCIPIULUI PRECAUȚIEI / Contribution of Jurisprudence in Explanation of Significance and Affirming of The Principle of Precaution Sorin PĂUN	316
PRINCIPIUL SECURITĂȚII JURIDICE ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ȘI ROLUL ACESTUIA ÎN DEZVOLTAREA DREPTULUI ROMÂN / The Principle of Legal Security in The Jurisprudence of The European Union Court of Justice and its Role in The Development of Romanian Law Marius Cătălin MITREA	321
OPINII PRIVIND RAPORTUL DE ȚARĂ AL COMISIEI EUROPENE PENTRU ROMÂNIA DIN 13 NOIEMBRIE 2018 ÎN CADRUL MECANISMULUI DE COOPERARE ȘI VERIFICARE (M.C.V.) / Opinions on The Country Report of The European Commission for Romania From 13.11.2018 Within The Mechanism of Cooperation and Verification Andrei CONSTANTIN	326
DREPTUL LA STERGEREA DATELOR CU CARACTER PERSONAL ÎN JURISPRUDENȚA INSTANȚELOR NAȚIONALE ȘI EUROPENE / The Right to Delete of Personal Data in The Jurisprudence of National and European Courts Alexandru GEORGESCU	329
ROLUL JURISPRUDENȚEI EUROPENE ȘI NAȚIONALE ÎN MATERIA INSOLVENȚEI TRANSFRONTALIERE / The Role of European and National Jurisprudence in The Field of Cross-Border Insolvency Daniela ILINCA	334
SECȚIUNEA ȘTIINȚE PENALE, CRIMINOLOGIE	
EVOLUȚIA DREPTULUI PENAL PRIN JURISPRUDENȚA CURȚII CONSTITUȚIONALE / The Evolution of Criminal Law Through The Jurisprudence of The Constitutional Court Tudorel TOADER; Marieta SAFTA	341
CONSIDERAȚII DE DOCTRINĂ ȘI JURISPRUDENȚĂ PRIVIND ASIGURAREA UNEI PRACTICI JUDICIARE UNITARE ÎN MATERIE PENALĂ / Doctrine and Jurisprudence Considerations Regarding The Assurance of a Unitary Jurisprudence in Criminal Law Matters Ion RISTEA	348
DIVERGENȚE JURISPRUDENȚIALE ALE ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE ȘI ALE CURȚII CONSTITUȚIONALE ÎN MATERIA MĂSURILOR PREVENTIVE / Jurisprudential Divergences of The High Court of Cassation and Justice and of The Constitutional Court in The Matter of Preventive Measures Mihai MAREȘ	352

UNELE CONSIDERENTE PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI DIN SISTEMUL SANITAR ÎN DEZVOLTAREA NOULUI DREPT ROMÂN / Some Considerations on The Role of Jurisprudence in The Health System in Developing the New Romanian Law Cristian POPA, Antonia-Luciana PĂUN	357
INSTITUȚIA REABILITĂRII ÎN LEGISLAȚIA ȘI PRACTICA JUDICIARĂ A ULTIMELOR CINCI DECENII / Institution of Rehabilitation in The Legislation and Jurisprudence of The Last Five Decades Sorin-Alexandru VERNEA	362
JURISPRUDENȚA CU VALOARE DE LEGE PENALĂ / Jurisprudence With Value of Criminal Law Mihaela AGHENIȚEI, Luiza Tatiana PRICOP	369
RĂSPUNDEREA DE MEDIU ÎN CAZUL SOCIETĂȚILOR COMERCIALE AFLATE ÎN INSOLVENȚĂ / Environmental Liability in The Case of Insolvency of Commercial Companies Candit-Valentin VERNEA	373
PRACTICA JUDICIARĂ ÎNTRE IZVOR DE DREPT ȘI ADEVĂR JURIDIC PARTICULAR / Jurisprudence Between Source of Law and Particular Legal Truth Tiberiu Viorel POPESCU	380
SUBIECȚII RĂSPUNDERII JURIDICE PENTRU ÎNCĂLCAREA OBLIGAȚIILOR DE SERVICIU / Subjects of Juridical Liability for Breach of Service Obligations Adrian-Remus GHICULESCU	386
ASPECTE PRACTICE PRIVIND EXCEPȚIA NECOMPETENȚEI TERITORIALE ÎN CAMERA PRELIMINARĂ / Practical Aspects Regarding The Exception of the Territorial Incompetence in The Preliminary Chamber Denisa BARBU	393
RĂSPUNDEREA PENALĂ A ALEȘILOR LOCALI – TENDINȚE DE RACORDARE LA NOILE PROVOCĂRI LEGISLATIVE ȘI JURISPRUDENȚIALE / Criminal Liability of Local Elected – Tendencies of Compliance With The New Legislative Jurisprudential Challenges Alexandru Mihnea CERCHEZ	397
INTERPRETAREA LEGII ÎN CONTEXTUL NOILOR REALITĂȚI SOCIALE / Interpretation of The Law in The Context of New Social Realities Mihai-Adrian DINU	404
NORME DE INCRIMINARE INEFICIENTE ÎN MATERIA PROTECȚIEI MEDIULUI PRIN MIJLOACE DE DREPT PENAL / Inefficient Incriminations Norms in The Matter of Environmental Protection Through Criminal Law Andreea VERNEA	409
PRINCIPIILE GENERALE ALE DIRECTIVEI EIA ÎN CADRUL JURISPRUDENȚEI CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE / The General Principles of The EIA Directive in The Jurisprudence of The European Union Court of Justice Ștefan JUSTIN	416
UNELE COMENTARII PRIVIND MODIFICĂRILE CODULUI PENAL CARE URMEAZĂ SĂ FIE ADOPTATE, CU REFERIRE SPECIALĂ LA INFRAȚIUNILE DE CORUPȚIE ȘI DE SERVICIU / Some Comments on The Changes in The Penal Code That are to be Adopted, With Special Reference to Corruption and Service Crimes Niculae GAMENT	423
ASPECTE PROCESUAL PENALE PRIVIND CAUZELE CU MINORI ÎN LUMINA DIRECTIVEI NR. 2016/800 (DIRECTIVA COPIILOR) / Criminal Procedure Aspects Regarding Cases With Minors in The Light of Directive no. 2016/800 (Children's Directive) Lorena ZIDARU	428

CONFISCAREA SPECIALĂ. CONFISCAREA EXTINSĂ. STANDARDE PROBATORII / Special Confiscation. Extended Confiscation. Probatory Standards Mihai-Costin TOADER.....	432
IMPLICAȚIILE JURISPRUDENȚEI NAȚIONALE ASUPRA MIJLOACELOR DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL / Implications of National Jurisprudence on Means of Proof in Criminal Trial Adrian ȘANDRU.....	438
INFLUENȚA JURISPRUDENȚEI ASUPRA CĂILOR EXTRAORDINARE DE ATAC (RECURSUL ÎN CASAȚIE) / The Influence of Jurisprudence on Extraordinary Appeal (Appeal in Cassation) Versavia BRUTARU	442
SOLUȚIILE PRONUNȚATE DE INSTANȚA DE JUDECATĂ SESIZATĂ CU ACORD DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI / Solutions Given by The Court Referred With a Guilty Plea Agreement Ioana STOENAC-CÎRSTEA, Ciprian-Mihai STOENAC.....	449
ASPECTE PRACTICE PRIVIND CONDUCEREA ȘI SUPRAVEGHEREA DE CĂTRE PROCUROR A URMĂRIRII PENALE EFECTUATE DE CĂTRE ORGANELE DE CERCETARE PENALĂ / Practical Aspects Regarding the Conduct and Supervision by the Prosecutor of the Criminal Investigation Carried Out by The Criminal Investigation Bodies Denisa BARBU, Ion FLĂMÎNZEANU	454
EFECTELE CURȚII DE LA STRASBOURG ASUPRA PROCESULUI PENAL ROMÂN / The Effects of The Strasbourg Court Jurisprudence on The Romanian Criminal Trial Beatrice Florina DRĂGHICIU	459
ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN REFORMA PENITENCIARĂ / The Role of Jurisprudence in Penitentiary Reform Crina-Bianca VEREȘ	464
ROLUL JURISPRUDENȚEI CEDO ÎN CONFIGURAREA LEGISLAȚIEI EXECUȚIONAL-PENALE. STUDIU CRIMINOLOGIC / The Role of The ECHR Jurisprudence in The Configuration of Executive-Penal Law. Criminology Study Aura PREDA	470
UNELE ASPECTE ALE EVOLUȚIEI INCRIMINĂRII PRIVIND CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ / Some Aspects of The Evolution of Increase in Organized Criminality Vasile BĂICULESCU	474
SANȚIONAREA TERORISMULUI ȘI RADICALIZĂRII ÎN SCOP TERORIST – UN COMPROMIS AL MARILOR SISTEME DE DREPT / Sanctioning Terrorism and Radicalization – A „Compromise” of Great Legal Systems Viorel GHEORGHE	477
RECIDIVA ÎN PROGRESUL REGLEMENTĂRIILOR DREPTULUI PENAL / The Relapse in The Progress of The Criminal Law Regulations Constantin TĂNASE	484
PRINCIPIUL NEMILOCIRII ÎN DREPTUL PENAL ROMÂN / Principle of Immediacy in The Romanian Criminal Law Nicolae BĂBEANU	487

UNELE OBSERVAȚII CU PRIVIRE LA INTERPRETAREA ART. 55 ¹ DIN LEGEA NR. 254/2013 ÎN PRACTICA INSTANȚELOR / Some Comments on The Interpretation of Art. 55 ¹ of Law no. 254/2013 in The Courts Jurisprudence	
Mariana STAN	492
RESPECTAREA DREPTURILOR PROCESUAL PENALE ALE PĂRȚII RESPONSABILE CIVILMENTE / Respect for Criminal Process Rights of Civilly Liable Party	
Bogdan BUNECI.....	495

CUVÂNT-ÎNAINTE

În cadrul dezvoltării juridice a României din ultimele trei decenii, un rol important i-a revenit jurisprudenței prin contribuția sa majoră la configurarea noului drept român. Marile etape ale acestui proces – începând cu tranziția legislativă, continuând cu adoptarea noii Constituții (1991), implicațiile integrării euro-atlantice și până la adoptarea și punerea în aplicare a noilor coduri – au inclus și aportul concluziilor practicii judiciare, care au adus clarificări și precizări absolut necesare. Indiferent de forma sa de manifestare – constituțională, convențională, unional-europeană sau națională – jurisprudența a devenit astăzi un factor decisiv în restructurarea fenomenului juridic, mai mult: se poate spune că astăzi jurisprudența este cea care nu numai însoțește, ci și determină într-o măsură semnificativă transformări de substanță ale conștiinței juridice, indicând intrarea dreptului românesc într-o nouă epocă.

Din această perspectivă se ridică o multitudine de întrebări care așteaptă răspunsuri din partea reflecției juridice, răspunsuri care presupun depășirea abordării tradiționale a problemei jurisprudenței ca izvor de drept. Asistăm la o redefinire a rolului jurisprudenței în formarea și realizarea dreptului? Care sunt azi contribuțiile sale în diferitele ramuri ale sistemului juridic? Reviriment sau regres jurisprudențial? Ce rol are jurisprudența în corelarea, sedimentarea și afirmarea noului așezământ juridic român? Care sunt raporturile și interferențele jurisprudențiale: în plan vertical (național, unional-european, internațional) și orizontal (între diferitele domenii ale reglementării), spațial (drept comparat și globalizare) ori temporal (succesiunea în timp a legilor, progresul juridic etc.)?

Pentru știința juridică, răspunsurile la aceste întrebări ar trebui să reprezinte un punct de plecare pentru elaborarea unei noi teorii a izvoarelor dreptului, care să își asume în mod deschis depășirea paradigmei pozitivismului legalist ca orientare rămasă până astăzi dominantă în cultura noastră juridică cu toate criticile și nuanțările intervenite în ultimii 150 de ani. Asumarea deschisă a jurisprudenței ca izvor de drept nu va putea ocoli problema recunoașterii aceluiași statut și pentru știința juridică însăși, așa cum asumarea și dezvoltarea până la ultimele consecințe a diferenței fundamentale dintre drept și lege va fi de natură să ofere nu numai argumente pentru reconsiderarea rolului acesteia din urmă în sistemul izvoarelor dreptului, ci și regândirea dreptului român ca expresie a identității naționale. Astăzi mai mult ca oricând, reafirmarea și consolidarea acestei identități reprezintă o sarcină la a cărei realizare jurisprudența și știința dreptului din România sunt chemate să conlucreze.

Prof. univ. dr. Mircea Duțu

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT I**

REFLECȚII CU PRIVIRE LA TRANSMISIUNEA SUCCESORALĂ ȘI CARACTERELE SALE JURIDICE

Reflections on Successorial Transmission and its Legal Characteristics

Ilioara GENOIU*, Bogdan PĂTRAȘCU**

Rezumat: Subiectul comunicării noastre este, în esență, transmisiunea succesorală, instituție prezentă în toate lucrările de succesiuni și cu privire la care s-ar putea crede că nu mai există aspecte cu un grad măcar relativ de noutate. Încercăm să înfățișăm, aici, cu toate acestea, câteva asemenea aspecte, rezultând, în plus, că întreaga materie a dreptului de moștenire, deși reprezintă un segment clasic al dreptului civil, are, totuși, nebănuite rezerve de „prospețime”, care îndeamnă la cercetare, care oferă perspective noi de abordare.

Cuvinte-cheie: moștenire, universalitate juridică, moduri de dobândire a dreptului de proprietate, devoluțiune succesorală legală.

Abstract: The subject of our communication is, in essence, the succession transmission, an institution present in all successions works and which involves yet many aspects of novelty. We are trying to present, here, some of these aspects. The whole matter of inheritance right, although it is a classic segment of civil law, still has unpredictable reserves of „freshness”, which urge research, which offers new perspectives of approach.

Keywords: inheritance, legal universality, ways of acquiring ownership, legal and testamentary succession.

1. Noțiunea de moștenire și accepțiunile acesteia

Potrivit art. 953 C. civ., „Moștenirea este transmiterea patrimoniului unei persoane fizice decedate către una sau mai multe persoane în ființă”. Am arătat, cu alte prilejuri¹, că, deși titlul indicativ al textului de lege citat este „noțiune”, legiuitorul limitează noțiunea de moștenire la transmiterea patrimoniului defunctului către succesorii săi. Nu este avut în vedere și sensul moștenirii de patrimoniu transmis, de lăsamânt succesoral, de obiect al transmisiunii succesorale. Aceasta, cu toate că accepțiunea omisă, neîndoiește există.

Pot fi două linii de gândire: prima, care să ia în considerare doar sensul precizat expres de art. 953 C. civ., considerându-se, așadar, că moștenirea este exclusiv transmiterea *mortis causa* a patrimoniului; a doua perspectivă ar putea duce, dimpotrivă, la concluzia că moștenirea are și sensul de patrimoniu transmis, deși acesta nu este precizat *expressis verbis*.

Împărțirea uneia ori a celeilalte accepțiuni (cea restrânsă sau cea largă) prezintă interes din mai multe puncte de vedere. Ne limităm, aici, la sublinierea consecințelor în ceea ce privește caracterele juridice ale transmisiunii succesorale. Dacă doar această transmitere înseamnă noțiunea de moștenire, reiese că trăsăturile în discuție pot fi numite și ale moștenirii, termen sinonim în această perspectivă cu transmisiunea succesorală². Consecința: caracterele juridice – *mortis causa*, universal, unitar și indivizibil –, reținute ca fiind ale moștenirii, ar viza doar transmisiunea succesorală.

Dacă, dimpotrivă, am lua în calcul accepțiunea largă a moștenirii (transmisiune succesorală, dar și patrimoniu transmis) s-ar naște întrebarea: cele patru caractere juridice sunt deopotrivă ale ambelor accepțiuni ale moștenirii? În opinia noastră, răspunsul ar fi, în principiu, afirmativ. Într-adevăr, când spunem că transmisiunea succesorală este universală, unitară și indivizibilă, aceste trăsături privesc și patrimoniul transmis (acesta fiind, prin definiție, o universalitate juridică³; pe de altă parte, caracterul unitar vizează transmisiunea după aceleași norme de drept către

* Conferențiar universitar doctor, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Valahia” din Târgoviște, notar public; e-mail: ilioaragenoiu20@yahoo.fr.

** Cercetător științific gr. II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Lect. univ. dr., Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”, București; e-mail: juridic_institut@yahoo.com.

¹ Facem referire, spre exemplu, la B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Moștenirea și felurile ei*, în coord. M. Uliescu, *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 568 și urm.

² În aceeași ordine a preocupărilor terminologice, precizăm că moștenirea, în accepțiunea ei de transmisiune succesorală, este sinonimă cu noțiunea de succesiune în sens restrâns, anume de transmisiune *mortis causa*. Aceasta, întrucât succesiunea cunoaște și o accepțiune largă, fiind circumscrisă atât transmisiunii pentru cauză de moarte, cât și celei între vii. Drept urmare, poate fi considerat succesor în drepturi al autorului său nu numai moștenitorul, indiferent că acesta este legal sau testamentar, ci și dobânditorul prin acte juridice între vii al unui drept, independent de faptul că această dobândire are loc cu titlu oneros sau cu titlu gratuit. Drept urmare, cumpărătorul poate fi considerat succesor în drepturi al vânzătorului, cât privește bunul care a format obiectul contractului în discuție. Tot astfel poate fi calificat și copermutantul, donatarul, debitorul obligației de întreținere, debentierul.

³ Patrimoniul transmis reprezintă, fără nicio îndoială, o universalitate juridică, ansamblul drepturilor și obligațiilor cu caracter patrimonial ale defunctului, presupunând, așadar, un activ circumscris drepturilor patrimoniale ale lui *de cujus* și un pasiv, care reunește obligațiile cu același

moștenitori a întregului patrimoniu succesoral, iar caracterul indivizibil înseamnă că transmisiunea succesorală presupune exercitarea dreptului de opțiune succesorală în același sens – acceptare sau renunțare – cu privire la întreaga masă succesorală, întregul patrimoniu).

Dar caracterul *mortis causa* pare a privi numai moștenirea în sens de transmisiune succesorală, în înțelesul că aceasta are loc la moartea lui *de cuius*. Ținând însă seama de faptul că obiectul acestei transmise este însuși patrimoniul celui decedat, putem conchide că este mai aproape de adevăr concluzia că toate caracterele juridice discutate sunt ale moștenirii *lato sensu*, anume de transmisiune succesorală, dar și de patrimoniu transmis.

2. Caracterele juridice ale transmisiunii succesorale

Am arătat deja că transmisiunea succesorală este una *mortis causa*. Se poate pune însă următoarea întrebare: acest caracter juridic o deosebește de transmisiunile *inter vivos*, de pildă de cele realizate prin contracte translativ de proprietate? Neîndoiește răspunsul este afirmativ. Iată, cel puțin două argumente: mai întâi, acela că, în timp ce transmisiunile *inter vivos* au ca obiect, de regulă, bunuri singulare, bunuri privite izolat, mai rar universalități de bunuri iar, în acest ultim caz, doar universalități de fapt și nu unele de drept, moștenirea este o universalitate juridică, iar înstrăinarea acesteia nu ar putea fi făcută de cel care o lasă cât timp este încă în viață, căci nimeni nu poate să înstrăineze propriul său patrimoniu⁴. Așa se și explică caracterul *mortis causa* în situația analizată. Transmisiunea patrimoniului are loc numai atunci când încetează calitatea de subiect de drept a titularului și tocmai de aceea se produce în acel moment. Este adevărat că moștenirea poate fi transmisă și *inter vivos*, dar doar când transmitătorul este altcineva decât viitorul *de cuius* (anume, moștenitorul sau moștenitorii acestuia). Se poate, de exemplu, vinde moștenirea, dar doar la o dată ulterioară morții celui care o lasă, altfel spus, doar după data deschiderii sale. Această particularitate și încă altele au făcut ca vânzarea unei moșteniri⁵ să fie tratată în lucrările de specialitate într-o secțiune separată, alături de alte varietăți de vânzare, secțiune intitulată de obicei „diferite feluri de vânzări”.

Ar putea fi totuși vorba de o înstrăinare *inter vivos* de patrimoniu, în situația particulară a unei persoane care ar fi titulară a mai multor patrimonii. Această situație era exclusă sub imperiul Codului civil de la 1864 (în prezent abrogat), care împărțea teoria personalistă a patrimoniului, cu consecința că, fiind strâns legat de titular și cum acesta este unul singur, tot așa trebuie să fie și patrimoniul său. S-a admis, totuși, că înlăuntrul patrimoniului unic al unei persoane pot exista mase de bunuri cu regimuri juridice pe alocuri distincte și că, în consecință, va exista o eventuală specializare a gajului general al creditorilor chirografari, cu consecința urmăririi cu prioritate a masei de bunuri în legătură cu care se născuse creanța. Nu trebuie însă confundată această ipoteză cu existența mai multor patrimonii ale aceluiași titular. Prin prezența maselor de bunuri în cauză, patrimoniul nu mai era unitar, dar rămânea unic. Unicitatea și unitatea patrimoniului sunt, desigur, trăsături distincte ale acestei instituții juridice.

Se pune, în prezent, întrebarea: Codul civil în vigoare a fost construit, la fel ca acela de la 1864, în considerarea aceleiași teorii personaliste a patrimoniului? Sau, dimpotrivă, este în prezent împărțită teoria patrimoniului de afectațiune (a patrimoniului scop), aceea care admite că o persoană poate avea mai multe patrimonii, în măsura în care consacră, dedică, afectează mase de bunuri deosebite unor scopuri deosebite? Ținând seama și de modelul urmat de Codul nostru civil (și anume Codul civil din Quebec, care agreează teoria patrimoniului de afectațiune), cât și unele dispoziții exprese, deși în formulări imprecise, pare că a fost admisă și în dreptul nostru teoria patrimoniului scop. Dacă este așa, se poate admite ideea circulației juridice *inter vivos* a unui patrimoniu, de pildă a celui corespunzător activității comerciale desfășurate de persoana fizică autorizată. De asemenea, într-o atare situație (a unei persoane cu mai multe patrimonii), este interesant de analizat compunerea masei succesorale, a moștenirii pe care aceasta o lasă; vor face parte din succesiune toate elementele care există în patrimoniile sale reunite sau doar cele ale patrimoniului său domestic? Fără a face dezvoltări, vom spune că moștenirea va cuprinde, în opinia noastră, în principiu, toate elementele cu conținut economic, evaluabile în bani, care au aparținut defunctului.

caracter ale acestuia. Din această perspectivă, s-ar impune deosebită universalitatea juridică, patrimoniul succesoral așadar, de universalitatea de fapt, care, potrivit art. 541 C. civ. reprezintă „ansamblul bunurilor care aparțin aceleiași persoane și au o destinație comună stabilită prin voința acesteia sau prin lege”. În literatura de specialitate se dă drept exemplu totalitatea cărților dintr-o bibliotecă. A se vedea în acest sens, C. Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 9. Rezultă, așadar, că ceea ce lipsește universalității de fapt, în comparație cu universalitatea juridică, este pasivul. Se impune precizat, de asemenea, că în masa succesorală, adică în patrimoniul defunctului ce urmează a fi transmis moștenitorilor, nu sunt incluse drepturile și obligațiile cu caracter nepatrimonial ale acestuia și nici drepturile și obligațiile care, deși au caracter patrimonial, prezintă, în același timp, și trăsătura de a fi strâns legate de persoana defunctului și care vor înceta odată cu acesta. Spre exemplu, încetează odată cu titularul categoria drepturilor personalității (din care fac parte, spre exemplu, dreptul la viață, la sănătate, la integritate fizică și psihică, la demnitate, la propria imagine, la respectarea vieții private), dreptul la nume, la domiciliu, la reședință și la stare civilă, dreptul la salariu, pensie și indemnizație de concediu, obligația de întreținere, legală sau convențională ori obligații asumate *intuitu personae* prin contractul de mandat sau de antrepriză. Cu privire la problematica drepturilor personalității, a se vedea E. Chelaru, *Drept civil. Persoanele*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 20 și urm.

⁴ Așadar, printre altele, patrimoniul prezintă caracteristica de inalienabilitate, de netransmisibilitate prin acte juridice între vii. Pentru problematica patrimoniului în general, precum și a caracterelor juridice ale acestuia, a se vedea: M. Uliescu, A. Gherghe, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 5 și urm.; C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 9-17.

⁵ Cu privire la multiplele aspecte pe care le presupune acest tip de vânzare, a se vedea: B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Câteva aspecte de interes în legătură cu vânzarea moștenirii*, în Studii și cercetări juridice nr. 4/2016, p. 503-517; Fl. Moțiu, *Contractele speciale*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 101 și urm.

Un al doilea argument în sprijinul existenței unei deosebiri între transmitiunea *inter vivos* și transmitiunea succesorală are în vedere subiectele de drept între care aceste transmitiuni se produc. Mai exact, trebuie observat că numai în cazul transmitiunii succesorală, la momentul la care aceasta se produce, nu se cunosc cu exactitate dobânditorii lășământului succesoral. Într-adevăr, dobândesc moștenirea succesibilii, iar aceștia sunt, potrivit art. 1100 alin. (2) C. civ., persoanele care îndeplinesc cerințele legale pentru a putea moșteni, dar care nu și-au exercitat încă dreptul de opțiune succesorală⁶. Calitatea de succesibil depinde, prin urmare, de unii factori care, la data deschiderii succesiunii, nu se cunosc, de pildă, de faptul dacă acesta acceptă ori renunță la moștenire, sau dacă își exercită sau nu, în termenul prescris de Codul civil, dreptul de opțiune succesorală.

Este adevărat că, la momentul deschiderii moștenirii, se apreciază, ca regulă, îndeplinirea de către succesibil a condițiilor pentru a moșteni, în cazul celor pozitive, iar în cazul celor negative, se observă dacă succesibilul se află într-o situație care constituie o asemenea condiție (de pildă, dacă a săvârșit o faptă care-i atrage nedemnitatea succesorală). Toate acestea necesită o analiză, unele fapte pot fi cunoscute mai târziu, astfel încât există nesiguranță la momentul morții lui *de cujus*, cât privește persoana sau persoanele către care se transmite moștenirea. Abia după lămurirea tuturor acestor probleme, văzând de asemenea cine a acceptat moștenirea, se poate conchide cu privire la cel sau la cei care își preschimbă cu siguranță calitatea de succesibil în aceea de moștenitor. Numai aceștia pot fi dobânditori definitiv, reali, consolidați ai eredității, așadar beneficiarii transmitiunii patrimoniului succesoral. La succesiunile *inter vivos* în schimb, o asemenea incertitudine, este adevărat vremelnică, nu există. Este, în sfârșit, de subliniat faptul că numai prin excepție transmitiunea succesorală poate avea ca obiect unul ori mai multe bunuri privite *ut singuli* (în cazul legatului cu titlu particular), regula fiind că se transmite întregul patrimoniu, operând transmitiunea universalității juridice. Așa se întâmplă chiar și în situația în care sunt mai mulți moștenitori. Transmitiunea nu este de această dată *cu titlu universal*, ci tot *universală*, a întregului, dar nu către un moștenitor, ci către toți, care, tocmai pentru că dobândesc *întregul* patrimoniu al defunctului, vor avea fiecare doar o cotă-parte ideală din dreptul de proprietate asupra acestuia. Unei transmitiuni universale nu-i pot corespunde mai multe dobândiri cu titlu universal. Suntem convinși că, în această ipoteză, trebuie văzută o transformare a unui drept de proprietate pur și simplu, într-un drept de proprietate comună pe cote-părți, altfel spus a unui drept de proprietate exclusivă, într-o modalitate a proprietății. În sfârșit, tocmai pentru că transmitiunea succesorală este universală, este și *mortis causa*, căci, am arătat, nu poate exista nici persoană fără patrimoniu, dar nici patrimoniu fără titular.

3. Moștenirea – mod de dobândire a dreptului de proprietate

Art. 557 alin. (1) C. civ., enumerând modurile de dobândire a dreptului de proprietate, reține, cât privește succesiunile, că sunt astfel de moduri moștenirea legală sau testamentară. În opinia noastră, folosirea conjuncției „sau” este inadecvată, cele două feluri de moștenire nu se exclud, ci, dimpotrivă, coexistă. Așa fiind, în enumerarea modurilor de dobândire a proprietății, între moștenirea legală și cea testamentară era suficientă prezența unei virgule.

Clasificarea cea mai relevantă a modurilor de dobândire a proprietății este în moduri originare și moduri derivate. Cu privire la criteriul acestei clasificări, nu există unitate de vedere în doctrină. Pe de o parte, se consideră drept criteriu existența ori inexistența unui proprietar anterior al bunului, iar, potrivit unui alt punct de vedere, prezența unui asemenea proprietar nu este suficientă; trebuie, pentru a vorbi de mod derivat, să existe, în plus, voința transmitiunii proprietății de la vechiul proprietar la cel nou. De aici, și controversa vizând caracterul originar sau derivat al uzucapiunii, ca mod de dobândire a proprietății.

Că ar fi vorba de un mod originar se susține din perspectiva faptului că, deși bunul a avut anterior proprietar, uzucapantul îi neagă acest drept, ca urmare a unor condiții îndeplinite în persoana sa, în principal a unei posesii utile, neviciate, dobândește el dreptul de proprietate, fiind astfel paralizată o eventuală acțiune în revendicare a fostului proprietar. De aceea, uzucapiunea se mai numește prescripție achizitivă. N-ar fi vorba, așadar, despre o transmitiune a proprietății de la o persoană la alta. Este adevărat că perspectiva acestei discuții ar fi mai complexă, vizând noua reglementare a uzucapiunii în Codul civil în vigoare⁷. Pe de altă parte, n-ar exista aspecte diferite de cele precizate de noi, cel puțin în situațiile numeroase în care posesia necesară uzucapării a început sub imperiul Codului civil anterior⁸. Cum ne interesează aici, în principal, nu uzucapiunea, ci criteriul clasificării modurilor de dobândire a proprietății în originare și derivate, nu ne vom opri asupra elementelor de noutate pe care prescripția achizitivă le are, în prezent, față de reglementarea sa anterioară. Ne vom întreba doar dacă, pornind de la controversa amintită și păstrând datele sale esențiale, am putea socoti că numai moștenirea testamentară ar fi un mod derivat de dobândire a proprietății, căci

⁶ Cu privire la aspectele pe care le presupune dreptul de opțiune succesorală, a se vedea: B. Pătrașcu, I. Genoiu, „Aspecte esențiale ale opțiunii succesorală potrivit noului Cod civil”, în coord. M. Uliescu, *op. cit.*, p. 910 și urm.; Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, vol. III, ed. a 3-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 17 și urm.; D. Chirică, *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 457 și urm.; L. Stănciulescu, *Moștenirea. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 317 și urm.; C. Macovei, M.C. Dobrilă, *Transmitiunea moștenirii*, în Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1136 și urm.

⁷ Pentru aceasta, a se vedea: M. Uliescu, A. Gherghe, *op. cit.*, p. 189 și urm.; C. Bîrsan, *op. cit.*, p. 386 și urm.

⁸ Aceasta, întrucât, potrivit art. 6 alin. (4) C. civ., „Prescripțiile, decăderile și uzucapiunile începute și neîmplinite la data intrării în vigoare a legii noi sunt în întregime supuse dispozițiilor legale care le-au instituit”.

numai în cazul acesteia identificăm voința vechiului proprietar de transmitere a dreptului de proprietate, conținută în testament, mai exact în legatul cuprins de acesta. Să se spună, de pildă, că o astfel de voință din partea lui *de cujus* nu se poate regăsi în cazul moștenirii legale, căci de astă dată *legea* conferă vocație succesorală și, în general, drept de moștenire succesoralului *ab intestat*. Să se arate, în această ordine de idei, că nu se poate prezuma voința celui decedat de a transmite succesiunea moștenitorilor legali din faptul că nu a lăsat un testament, dorind astfel ca aceia desemnați de lege să-i culeagă patrimoniul. Deși este de reflectat asupra unor asemenea argumente, socotim totuși că ambele feluri de moștenire – și cea legală și cea testamentară⁹ – sunt moduri derivate de dobândire a proprietății, măcar pentru faptul că, în cazul moștenirii, oricare ar fi aceasta, a existat un proprietar anterior. De altfel, acesta, credem, ar trebui să fie semnul distinctiv al modului derivat și nu dacă a existat ori nu voința de a transmite proprietatea de la fostul proprietar către noul dobânditor. În această perspectivă, credem că singurul mod incontestabil originar de dobândire a proprietății este ocupațiunea, nu uzucapiunea și nici moștenirea legală. Luarea în stăpânire a unui lucru, ce nu avea anterior proprietar, iată care este esența modului originar de dobândire a dreptului de proprietate.

4. Despre corelația dintre transmiterea moștenirii și devoluțiunea succesorală

Câteva reflecții cu privire la noțiunea devoluțiunii succesorale și la relația sa cu transmiterea moștenirii nu sunt, socotim, de prisos. Trebuie mai întâi observat că cele două noțiuni nu sunt sinonime, deși uneori se folosesc una pentru alta.

În ceea ce ne privește, socotim că devoluțiunea moștenirii reprezintă demersul, procesul de determinare, de identificare a moștenitorilor, așadar este stabilită prin devoluțiune calea pe care o urmează transmiterea moștenirii¹⁰. Dacă punctul de pornire al acestei transmiteri este neîndoiește la cel despre a cărui moștenire este vorba, devoluțiunea înseamnă identificarea moștenitorilor, rezolvă problema de a ști cine sunt persoanele către care se transmite succesiunea. Devoluțiunea succesorală urmează felurile moștenirii și este, la rândul ei, legală sau testamentară. Poate fi însă atât legală, cât și testamentară, în cazul coexistenței celor două feluri de moștenire.

Trebuie spus și că devoluțiunea testamentară este mai simplă, legatarul fiind desemnat prin testament. Devoluțiunea legală este însă mai complexă, căci există o plajă largă de moștenitori legali cu vocație generală (prin

⁹ Așa cum am precizat în mai multe rânduri, moștenirea poate fi legală sau testamentară. Art. 955 alin. (1) C. civ. arată că „Patrimoniul defunctului se transmite prin moștenire legală, în măsura în care cel care lasă moștenirea nu a dispus altfel prin testament”. Moștenirea legală reprezintă regula și este guvernată de dispoziții legale, relativ la persoanele care au vocație la moștenire, la ordinea în care acestea culeg moștenirea și la cotele care le revin acestora din moștenire. Moștenirea este legală în următoarele situații: a) defunctul nu a lăsat testament; b) defunctul a lăsat testament, însă acesta este nul; c) defunctul a lăsat testament, însă acesta nu cuprinde legat, așadar nu face referire la patrimoniul său, ci conține alte dispoziții; d) defunctul a lăsat testament, însă a nesocotit rezerva succesorală, dezmoștenind moștenitorii rezervatari, astfel încât, în limita acesteia, sunt aplicabile dispozițiile legale. Culeg moștenirea, în temeiul legii: rudele defunctului din cele patru clase de moștenitori legali, soțul supraviețuitor al defunctului, comuna, orașul sau, după caz, municipiul și statul, în cazul moștenirilor vacante. Moștenirea testamentară este deferită potrivit voinței testatorului, materializată în testament. Moștenirea poate fi exclusiv testamentară sau poate coexista cu cea legală. Moștenirea este exclusiv testamentară, excluzând-o pe cea legală, numai dacă sunt întrunite cumulativ următoarele condiții: a) nu există moștenitori legali sau, dacă există, aceștia au fost dezmoșteniți și nu fac parte din categoria moștenitorilor rezervatari; b) defunctul a instituit fie unul sau mai mulți legatari universali, fie doi sau mai mulți legatari cu titlu universal, a căror vocație reunite acoperă întreaga moștenire. Coexistența celor două tipuri de moștenire este consacrată expres de art. 955 alin. (2) C. civ. potrivit căruia: „O parte din patrimoniul defunctului se poate transmite prin moștenire testamentară, iar cealaltă parte prin moștenire legală”. Spre exemplu: a) defunctul instituie numai legatari cu titlu particular, caz în care patrimoniul său succesoral se transmite potrivit legii moștenitorilor legali, acestora din urmă revenindu-le însă obligația de a executa, față de cei dintâi, legatele; b) defunctul nu epuizează prin legatele cu titlu universal instituite întregul său patrimoniu succesoral, astfel încât restul masei succesorale va fi deferită moștenitorilor legali, potrivit dispozițiilor legale; c) defunctul, prin legatele instituite, a adus atingere rezervei succesorale a moștenitorilor rezervatari, caz în care moștenirea va fi testamentară, în limitele legatelor și legală, în limitele rezervei succesorale.

¹⁰ În „Enciclopedia Juridică Română”, vol. II, în curs de apariție, autorii au definit devoluțiunea moștenirii ca reprezentând determinarea moștenitorilor către care are loc transmiterea moștenirii. Aceasta poate fi legală și testamentară. În cazul devoluțiunii legale, moștenirea defunctului se transmite succesorilor legali ai acestuia (soț supraviețuitor și rude din cele patru clase de moștenitori), în baza următoarelor trei principii: a) principiul chemării rudelor la moștenire în ordinea claselor de moștenitori, potrivit căruia rudele defunctului vin la moștenire în ordinea claselor cărora aparțin, indiferent de gradul de rudenie. Soțul supraviețuitor, deși, cu titlu de regulă, nu este rudă cu defunctul, va veni la moștenire în puterea legii, în concurs cu oricare dintre clasele de moștenitori, pe care nu le îndepărtează de la moștenire și de la care nu este înlăturat; b) principiul proximității gradului de rudenie în cadrul aceleiași clase de moștenitori, în baza căruia, în cadrul aceleiași clase de moștenitori, rudele în grad mai apropiat înlătură de la moștenire rudele în grad mai îndepărtat, cu următoarele două excepții: reprezentarea succesorală și clasa a II-a de moștenitori legali, în cadrul căreia părinții defunctului, rude de gradul I, nu înlătură de la moștenire pe frații și surorile defunctului și pe descendenții acestora, deși sunt rude de gradele II-IV; c) principiul egalității părților succesorale ale rudelor din aceeași clasă și de același grad, potrivit cu care rudele din aceeași clasă, care au același grad, culeg moștenirea în cote egale, împărțirea acesteia realizându-se pe capete, în mod egal. Acest ultim principiu comportă excepția împărțirii moștenirii pe tulpini, specifică reprezentării succesorale și pe cea a împărțirii moștenirii pe linii, care poate fi întâlnită doar în cadrul subclasei colateralilor privilegiați. Devoluțiunea testamentară a moștenirii presupune transmiterea acesteia către legatari (universali, cu titlu universal și cu titlu particular) desemnați în condițiile legii de către testator. Cu privire la aceeași moștenire, devoluțiunea legală a acesteia poate coexista cu cea testamentară (exemplu: testatorul dispune prin actul său de ultimă voință doar de o parte din bunurile sale, fără să aducă atingere rezervei succesorale, astfel încât moștenirea va fi atribuită atât legatarilor – în limita cotei disponibile, cât și moștenitorilor legali – în limita rezervei succesorale; defunctul își dezmoștenește rezervei rezervatari și dispune în favoarea legatarilor de totalitatea bunurilor sale, caz în care rezerva succesorală va fi culeasă, în puterea legii, de moștenitorii legali rezervatari, iar cotele disponibile, de moștenitorii testamentari).

faptul că sunt considerați de Codul civil ca posibili succesori)¹¹, dar numai unii dintre aceștia au și vocație concretă, având astfel acces la moștenire. Altfel spus, devoluțiunea succesorală legală presupune identificarea, din rândul celor cu vocație succesorală generală, pe acei moștenitori care au dublată o asemenea vocație de una concretă. Aceștia vor putea culege moștenirea, în calitate de moștenitori legali preferați și-i vor îndepărta pe ceilalți, denumiți uneori, în practică dar și de doctrină, succesori subsecvenți.

5. Succinte aprecieri cu privire la unele excepții pe care le comportă caracterele juridice ale transmisiunii moștenirii

Despre caracterele juridice ale transmisiunii succesorală am făcut deja unele precizări. Nu ne vom opri aici asupra excepțiilor de la aceste caractere. Mai multe excepții există de la caracterul unitar. Ele sunt evidențiate și analizate în amănunt în literatura juridică¹². Vom spune doar că – faptul ni se pare evident – de la caracterul indivizibil al transmisiunii succesorală nu mai poate fi reținută ca excepție situația în care persoana, care cumulează calitatea de moștenitor legal cu aceea de succesori testamentari, optează diferit în ce privește aceste calități. Motivele sunt două. Primul, că o adevărată excepție ar trebui să vizeze o opțiune în sensuri diferite îndreptată asupra patrimoniului succesoral – acceptarea unei părți din acesta și renunțarea la cealaltă parte. Alegerea însă între calități diferite (acceptându-se, de pildă, cea de moștenitor legal și renunțându-se la calitatea de legatar) nu este o opțiune succesorală propriu-zisă. Am arătat cu alte prilejuri¹³ că opțiunea succesorală trebuie să se facă asupra masei succesorală, alegerea unei calități putând fi considerată opțiune succesorală doar într-un sens larg, ce excede adevăratei instituții juridice pe care o avem în vedere.

A doua rațiune care, în opinia noastră, exclude caracterul de excepție al situației de care ne ocupăm, este faptul că, în Codul civil, există text ce recunoaște în mod expres câte un drept de opțiune distinct pentru fiecare calitate succesorală – art. 1102 alin. (1) C. civ.¹⁴. Așa fiind, nu putem construi o excepție, luând în considerare sensurile diferite în care s-ar opta, dar în temeiul unor vocații diferite, de vreme ce fiecare este însoțită de un drept distinct de opțiune succesorală.

¹¹ Vocația succesorală legală generală desemnează vocația potențială (eventuală) a unor persoane de a culege moștenirea lăsată de o altă persoană. Vocație succesorală legală generală au rudele defunctului în grad succesibil și soțul supraviețuitor al acestuia. Vocație succesorală legală concretă au persoanele cu vocație succesorală legală generală, care nu sunt înlăturate de la moștenire de către alt succesibil. Nu toate rudele care au vocație generală vor culege moștenirea, ci aceasta va reveni acelor rude care au și vocație concretă, adică acelor care sunt preferate celorlalte, aflându-se în clasă și grad preferabile. De aceea, putem spune că nu toate rudele care au vocație legală generală au și vocație legală concretă la moștenire, însă toate rudele care au vocație legală concretă au și vocație legală generală de a moșteni. A se vedea, spre exemplu, pentru problematica vocației la moștenire, I. Genoiu, *Drept civil. Succesiuni, Caiet de seminar*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 51 și urm.

¹² A se vedea, spre exemplu, B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Moștenirea...*, op. cit., în coord. M. Uliescu, op. cit., p. 589 și urm.; Fr. Deak, R. Popescu, *Tratat de drept succesoral*, ed. a 3-a, vol. I, Moștenirea legală, p. 31 și urm.; D. Chirică, op. cit., p. 6 și urm.; L. Stănciulescu, op. cit., p. 43 și urm.

¹³ Facem referire, în special, la B. Pătrașcu, I. Genoiu, *Aspecte esențiale...*, op. cit., în coord. M. Uliescu, op. cit., p. 910 și urm.

¹⁴ Potrivit acestui text de lege, „Moștenitorul care, în baza legii sau a testamentului, cumulează mai multe vocații la moștenire are, pentru fiecare dintre ele, un drept de opțiune distinct”.

CÂTEVA ASPECTE PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN EXERCITAREA AUTORITĂȚII PĂRINTEȘTI ÎN CAZ DE DIVORȚ

Some Aspects on The Role of Jurisprudence in the Execution of The Parent Authority in The Event of Divorce

Mihaela Gabriela BERINDEI*

Rezumat: Rolul jurisprudenței în exercițiul autorității părintești în caz de divorț joacă un rol deosebit de important în viața copilului minor. Prin această lucrare am încercat să evidențiem interesul superior al copilului, care trebuie avut în vedere în toate deciziile care îl privesc, indiferent ca acestea sunt luate de către părinți sau de autorități. Tema locuinței copilului este în centrul unor discuții doctrinare intense și creează soluții jurisprudențiale neunitare. În statele unde a fost consacrată reședința alternantă, ca modalitate de stabilire a locuinței copilului la fiecare dintre părinți, soluțiile date de instanța supremă au fost și rămân controversate.

Cuvinte-cheie: jurisprudență, autoritate părintească, interesul superior al copilului, divorț.

Abstract: The role of jurisprudence in the exercise of parental authority in the event of divorce plays a particularly important role in the life of the minor child. Through this work, we have tried to highlight the child's best interest, which must be taken into consideration in all decisions that concern him, regardless of whether they are taken by parents or authorities. The theme of the child's home is at the centre of intense doctrinal discussion and creates non-unitary jurisprudential solutions. In the states where the alternate residence was set as a means of establishing the child's home to each of the parents, the solutions given by the Supreme Court were and remain controversial.

Keywords: jurisprudence, parental authority, the child's best interest, divorce.

1. Noțiune și scurt istoric. Principiul interesului superior al copilului

Autoritatea părintească este definită de Codul civil la art. 483 alin. (1) ca fiind „ansamblul de drepturi și îndatoriri care privesc atât persoana, cât și bunurile copilului și aparțin în mod egal ambilor părinți”. Conținutul și întinderea prerogativelor părintești a cunoscut o anumită evoluție cu fiecare nouă reglementare, promovându-se *principiul interesului superior al copilului* încă de la începuturile Codului familiei, în prezent fiind reglementat și de Codul civil, care prevede, la art. 263 alin. (1), că: „**Orice măsură privitoare la copil, indiferent de autorul ei, trebuie să fie luată cu respectarea interesului superior al copilului**”.

Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene recunoaște drepturile copilului și instituie la art. 24 alin. (2) enunțul potrivit căruia: „În toate acțiunile referitoare la copii, indiferent dacă sunt realizate de autorități publice sau de instituții private, *interesul superior al copilului* trebuie să fie considerat primordial”. Astfel, acesta a devenit un criteriu decisiv în toate acțiunile care îl privesc pe copil. În sensul prevederilor legale privind protecția copilului, prin **copil** se înțelege persoana care nu a împlinit vârsta de 18 ani și nici nu a dobândit capacitatea deplină de exercițiu, potrivit legii, prevede art. 263 alin. (5) C. civ. Autoritatea părintească se exercită până la data când copilul dobândește capacitatea deplină de exercițiu.

Principiul exercitării autorității părintești numai în *interesul superior al copilului*, cu respectul datorat persoanei acestuia, este prevăzut în art. 483 alin. (2) C. civ. Privită din această perspectivă, autoritatea părintească este „garda de corp” a drepturilor copilului, a căror respectare constituie starea de împlinire a interesului superior al copilului¹.

2. Modul de exercitare a autorității părintești. Noțiuni introductive

Articolul 503 din noul Cod civil, la alin. (1), prevede faptul că: „Părinții exercită împreună și în mod egal autoritatea părintească”. Printre efectele divorțului cu privire la raporturile dintre părinți și copiii lor minori, legiuitorul român stabilește, de asemenea, ca exercitarea autorității părintești să fie realizată de către ambii părinți: „După divorț, autoritatea părintească revine în comun ambilor părinți, afară de cazul în care instanța decide altfel” prevede art. 397 C. civ.

Exercitarea autorității părintești împreună și în mod egal constituie o **noutate legislativă** reglementată de actualul Cod civil prin art. 503 alin. (1), spre deosebire de vechea reglementare, prin care exercitarea autorității părintești se realiza în mod neegal între părinți. Drepturile și îndatoririle părintești erau exercitate în mod egal numai în cazul

* doctor în drept; *Cercetător științific gr. III* – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; cadru didactic asociat – Academia de Poliție „Al. Ioan Cuza” din București; e-mail mihaela.berindei@yahoo.com.

¹ E. Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. a 5-a, revizuită și adăugită, Curs universitar, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 522.

părinților căsătoriți, iar încredințarea copilului după divorț unuia dintre ei, avea ca efect scindarea ocrotirii părintești². Nu vorbim aici despre exercitarea autorității părintești exclusiv de către un singur părinte, ci de un exercițiu unilateral, neegal, între părinți, decis de instanța de divorț³.

În prezent, după desfacerea căsătoriei, autoritatea părintească revine în comun ambilor părinți, cu excepția situației în care instanța de tutelă, având în vedere interesul superior al copilului, a hotărât altfel. Exercițarea în comun a autorității părintești presupune ca părinții să decidă de comun acord în ceea ce privește sănătatea copilului, educația lui, religia, petrecerea timpului liber, în spiritul respectării drepturilor acestuia. Însă, atunci când părinții nu mai locuiesc împreună, se pune problema cum mai poate avea loc exercitarea autorității părintești în comun. Potrivit noii reglementări, indiferent la care dintre părinți ar fi stabilită locuința copilului, acesta va beneficia de grija ambilor părinți, care vor colabora în luarea tuturor deciziilor importante care îl privesc pe copil, implicându-se activ în creșterea și educarea acestuia⁴. Prin decizii importante înțelegem orice decizie care depășește nevoile zilnice ale copilului și care poate influența semnificativ modul de viață al acestuia. Esențial este ca ambii părinți să decidă în cazul unei schimbări majore a situației copilului în care exercițiul autorității părintești a unuia dintre aceștia este afectat, iar legea noastră nu acordă prea multe garanții în acest sens⁵.

Exercitarea autorității părintești de către un singur părinte, ca efect al divorțului cu privire la raporturile dintre părinți și copiii lor minori, reprezintă o excepție de la regula potrivit căreia, după divorț, autoritatea părintească revine în comun ambilor părinți⁶. Astfel, legiuitorul stabilește prin art. 398 alin. (1) C. civ. că: „Dacă există motive întemeiate, având în vedere interesul superior al copilului, instanța hotărăște ca autoritatea părintească să fie exercitată numai de către unul dintre părinți”, iar prin alin. (2) al aceluiași articol, dispune faptul că „Celălalt părinte păstrează dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului, precum și dreptul de a consimți la adopția acestuia”.

Prin conținutul său, măsura exercitării unilaterale a autorității părintești este asemănătoare cu scindarea exercitării ocrotirii copilului, din reglementarea anterioară, care apărea ca o consecință a încredințării copilului spre creștere și educare unuia dintre părinții divorțați. În prezent, părinții despărțiți se pot înțelege cu privire la exercitarea autorității părintești în comun, înțelegere care poate fi consfințită de instanță, iar în caz de neînțelegeri între ei, instanța de tutelă este cea care stabilește modul de exercitare a autorității părintești.

Interesul superior al copilului are întâietate chiar dacă s-a decis în sensul exercitării autorității părintești exclusiv de către un părinte, atunci când există un conflict major între aceștia, caracterizat prin relații tensionate care exclud orice fel de consens între ei cu privire la exercitarea în comun a autorității părintești. În acest caz, este în interesul minorului ca autoritatea părintească să nu fie exercitată în comun⁷. Deși legea nu prevede în mod expres, ori de câte ori încetează cauzele care au dus la exercitarea autorității părintești în mod exclusiv, de către unul dintre părinți, se reactivează principiul exercițiului autorității părintești în comun și în mod egal de către părinți, cu excepția cazurilor în care, prin lege, este prevăzută o statuare judecătorească expresă.

Faptul că autoritatea părintească aparține în mod egal ambilor părinți se fondează pe ideea potrivit căreia interesul superior al copilului cere participarea ambilor părinți la creșterea și educarea sa. Egalitatea în drepturi a părinților este în deplină armonie cu dreptul copilului de a crește alături de părinții săi, drept prevăzut în Convenția ONU privind drepturile copilului și în Legea nr. 272/2004, republicată. Împrejurarea că părinții sunt divorțați sau că părinții din afara căsătoriei nu conviețuiesc nu scindează ocrotirea copilului.

Pe cale de *excepție*⁸, autoritatea părintească revine unui singur părinte și este exercitată singur de către acesta în cazul în care celălalt părinte este decedat, declarat mort prin hotărâre judecătorească, pus sub interdicție, decăzut din exercițiul drepturilor părintești sau dacă, din orice motiv, se află în neputință de a-și exprima voința, prevede art. 507 C. civ. Deoarece Codul civil nu detaliază care ar putea fi motivele întemeiate pentru ca instanța să decidă ca autoritatea părintească să se exercite de către un singur părinte, art. 36 alin. (7) din Legea nr. 272/2004 actualizată, enumeră: „alcoolismul, boala psihică, dependența de droguri a celuilalt părinte, violența față de copil sau față de celălalt părinte, condamnările pentru infracțiuni de trafic de persoane, trafic de droguri, infracțiuni cu privire la viața sexuală, infracțiuni de violență, precum și orice alt motiv legat de riscurile pentru copil, care ar deriva din exercitarea de către acel părinte a autorității părintești”.

Deși părinții sunt egali în exercitarea autorității părintești, ori de câte ori există un dezacord între ei cu privire la exercițiul drepturilor sau la îndeplinirea îndatoririlor pe care le au, soluționarea neînțelegerilor este de competența

² În reglementarea actuală, copilul nu se mai încredințează unuia dintre părinții divorțați sau despărțiți în fapt, ci se stabilește locuința acestuia de comun acord sau, în lipsa înțelegerii dintre ei, prin hotărârea instanței de tutelă.

³ E. Florian, *op. cit.*, pp. 547-548.

⁴ D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, ed. a III-a, emendată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 557.

⁵ *Ibidem*, p. 571.

⁶ Regula exercițiului comun al autorității părintești este subliniată și de autorii D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, care consideră că „această modalitate de exercitare a autorității părintești este benefică pentru copil indiferent dacă părinții săi sunt căsătoriți sau nu sau dacă locuiesc împreună ori sunt separați”, în *op. cit.*, p. 555.

⁷ A se vedea C.A. Cluj, secția I civilă, decizia nr. 80 din data de 11 ianuarie 2013.

⁸ Pentru exercițiul exclusiv al autorității părintești, a se vedea D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 556.

instanței de tutelă, care se va pronunța potrivit interesului superior al copilului și luând în considerare concluziile raportului referitor la ancheta psiho-socială, astfel cum prevede art. 486 C. civ. Ascultarea copilului care a împlinit 10 ani este obligatorie, ținându-se cont de opinia acestuia, potrivit cu vârsta și cu gradul său de înțelegere și de maturitate. Cu toate acestea, poate fi ascultat și copilul care nu a împlinit vârsta de 10 ani, dacă instanța consideră că este necesar pentru soluționarea cauzei. De altfel, printre drepturile copilului enunțate de art. 24 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, se numără și dreptul acestuia de a-și exprima în mod liber opinia, care se ia în considerare în problemele care îl privesc, în funcție de vârsta și gradul său de maturitate.

3. Locuința copilului

Autorii francezi⁹ consideră că în conținutul autorității părintești¹⁰ intră dreptul de a stabili locuința copilului, de a-l supraveghea, de a se îngriji de educația și sănătatea acestuia, de a-l proteja, precum și îndatorirea de a-l asocia în toate deciziile care îl privesc.

În acord cu dreptul copilului de a crește alături de părinții săi, prevăzut de Legea nr. 272/2004 republicată, acesta locuiește la părinții săi, astfel cum este reglementat și în Codul civil, la art. 496 alin. (1). Problema se pune, însă, în cazul părinților divorțați sau separați ori a celor care, căsătoriți fiind, au domiciliul diferite. În principiu, locuința copilului se stabilește de comun acord de către părinți, dar, în caz de neînțelegere între ei, aceasta se va stabili prin hotărârea instanței de tutelă. Fie că a fost stabilită prin acordul părinților, fie prin hotărârea instanței, locuința copilului nu poate fi schimbată decât cu acordul părinților în cazurile expres prevăzute de lege, prevede art. 496 alin. (3) C. civ. În concluzie, copilul nu are libertatea de a-și alege singur locuința. Totuși, dacă a împlinit 14 ani, acesta poate cere părinților locuința necesară pentru învățătura sau pregătirea sa profesională, iar în caz de neacceptare din partea acestora, se poate adresa instanței de tutelă, care poate pronunța schimbarea domiciliului pe baza ascultării minorului și a raportului de anchetă psiho-socială, așa cum prevede art. 498 C. civ.

În cazul divorțului prin procedură notarială, existența înțelegerii dintre soți privind locuința copilului ori înțelegerea lor în sensul exercitării în comun a autorității părintești nu este suficientă. Dacă acordul părinților nu este în interesul copiilor, fapt ce rezultă din raportul de anchetă psiho-socială, notarul emite o dispoziție de respingere a cererii de divorț și îndrumă soții să se adreseze instanței de judecată. În acest caz, instanța poate dispune ca locuința copilului să fie cea în care el locuiește deja cu părintele la care se află. Art. 497 alin. (1) din Codul civil prevede că schimbarea locuinței copilului împreună cu părintele la care locuiește, nu poate avea loc decât cu acordul prealabil al celuilalt părinte, dacă afectează exercițiul autorității sau al unor drepturi părintești. Ni se pare ușor îndoielnic textul reglementat de legiuitor, întrucât acordul prealabil al părintelui care nu locuiește cu copilul riscă să limiteze dreptul la viață privată al părintelui care locuiește cu copilul, în situația în care acesta s-ar recăsători.

Acordul prealabil presupune faptul că părintele care nu locuiește împreună cu copilul este titular al dreptului de exercitare a autorității părintești, ori al unor alte asemenea drepturi, în mod egal cu celălalt părinte. Aici avem în vedere în mod deosebit dreptul părintelui, care nu locuiește în mod statornic cu copilul, de a avea legături personale cu acesta, la locuința copilului, astfel cum prevede art. 496 art. (5) C. civ. Instanța de tutelă poate limita exercițiul acestui drept, dacă aceasta este în interesul superior al copilului. Menționăm aici că dreptul părintelui care nu locuiește cu copilul de a avea relații personale cu el este un drept izvorât din lege și nu acordat prin hotărâre judecătorească, pentru a cărui realizare nu este necesară calea acțiunii în justiție, art. 401 alin. (2) C. civ. stabilind că instanța de tutelă va decide asupra modalității de exercitare a drepturilor personale doar când părinții nu se înțeleg asupra acestui aspect.

Subliniem faptul că, și în cazul părinților căsătoriți dar despărțiți în fapt, locuința soțului la care se află copilul este considerată locuință a familiei – art. 321 alin. (1) C. civ.

4. Locuința alternantă – jurisprudență

Unii autori¹¹ și-au pus întrebarea dacă locuința alternantă este o soluție de compromis în varianta părinților divorțați, precum și a celor din afara căsătoriei. Spre deosebire de Codul civil francez, care prevede posibilitatea ca reședința copilului să se fixeze alternativ la fiecare dintre părinți, legiuitorul român nu reglementează în nici un fel această situație. Dar, din jurisprudența creată după intrarea în vigoare a actualului Cod civil, precum și din libertatea părinților de a conveni inclusiv în sensul, neinterzis de lege, al alternanței locuinței copilului, am putea recunoaște că locuința alternantă poate constitui o rezolvare a situației copiilor ai căror părinți divorțați exercită în comun autoritatea părintească, dar numai în măsura în care interesul superior al copilului primează.

În acest sens, regăsim decizia Tribunalului Călărași¹² pe ordonanță președințială prin care s-a acordat minorului un program de 2 săptămâni cu tatăl și 2 săptămâni cu mama, motivându-se că în acest fel se procedează în Franța¹³ și

⁹ Fr. Terré, D. Fenouillet, *Droit civil. La famille*, 8e édition, Dalloz, Paris, 2011, pp. 895-899.

¹⁰ În conținutul autorității părintești prevăzut de Codul civil român la art. 487, „Părinții au dreptul și îndatorirea de a crește copilul, îngrijind de sănătatea și dezvoltarea lui fizică, psihică și intelectuală, de educația, învățătura și pregătirea profesională a acestuia, potrivit propriilor lor convingeri, însușirilor și nevoilor copilului; ei sunt datori să dea copilului orientarea și sfaturile necesare exercitării corespunzătoare a drepturilor pe care legea le recunoaște acestuia”. În vechea reglementare, a se vedea art. 101 din Codul familiei.

¹¹ E. Florian, *op. cit.*, p. 531.

¹² Tribunalul Călărași, Hotărâre nr. 387-201/2014 din 12/06/2014.

Belgia¹⁴ până se derulează procesul principal, pentru a se asigura faptul că minorul nu pierde contactul cu niciunul dintre părinți, iar apoi, în timp util pentru înscrierea la școală, se va lua o decizie definitivă. Credem că această soluție, deși temporară, nu poate funcționa decât dacă locuințele celor doi părinți sunt apropiate, sau măcar în aceeași localitate. În același sens, întâlnim tranzacții notariale urmate de validarea instanței, prin care părinții au convenit asupra unui aranjament de tip „custodie comună” pentru copii, care vor locui alternativ perioade de câte două săptămâni cu fiecare dintre părinți¹⁵.

Unele instanțe¹⁶, însă, au dat sentințe și mai îndrăznețe, în sensul că au stabilit ca minorul să locuiască la tată în prima jumătate a fiecărui an, iar la mamă, în cea de-a doua jumătate, pe considerentul că despărțirea părinților și stabilirea locuinței minorului la unul dintre aceștia nu trebuie să afecteze exercițiul autorității părintești comune. Ambii părinți trebuie să aibă, în mod constant, în vedere *interesul superior al copilului* și să ia împreună deciziile importante legate de creșterea și evoluția acestuia (spre exemplu, cele referitoare la asistență medicală, întreținere și educație). Autoritatea părintească comună, în cazul părinților despărțiți, reprezintă modalitatea de responsabilizare a amândurora cu privire la minor și de garantare atât a prezenței mamei, cât și a tatălui în viața copilului, independent de faptul că aceștia conviețuiesc ori nu. Se afirmă că se evită, în acest fel, manipularea emoțională a copilului de către unul dintre părinți.

5. Opinia noastră

În ceea ce ne privește, considerăm că stabilirea locuinței în mod alternativ la fiecare dintre părinți poate crea dificultăți în privința stabilirii și executării obligației de întreținere față de copil, precum și în materie de răspundere a părinților pentru fapta copilului, răspundere care derivă din dreptul și îndatorirea părinților de a supraveghea copilul, ca atribut al autorității părintești. De asemenea, credem că ar trebui să primeze ***asigurarea stabilității și continuității în îngrijirea, creșterea și educarea copilului***, ca urmare a faptului că acesta reprezintă unul dintre principiile care guvernează respectarea și promovarea drepturilor copilului, instituit de Legea nr. 272/2004, republicată.

6. Comparație cu dreptul european

Reședința alternantă a copilului ai cărui părinți sunt divorțați ori despărțiți în fapt este, într-adevăr, consacrată în țări precum Marea Britanie, Belgia, Spania și Italia. De asemenea, legea privind divorțul din provincia Québec, reglementează noțiunea de „garde partagée”, al cărei regim juridic este determinat de doctrină și de jurisprudență, ținându-se seama în primul rând de interesul superior al copilului, dar și de nevoia de stabilitate a acestuia, precum și de proximitatea geografică a locuințelor celor doi părinți, dar nu în ultimul rând, contează și opinia copilului, în funcție de vârsta și de gradul său de maturitate¹⁷.

7. Termenul de gardă din dreptul francez

Termenul franțuzesc de „gardă” are mai multe înțelesuri în limba română. Astfel, acestuia îi corespund termenii de supraveghere, grijă, îngrijire ori pază a copilului. În dreptul francez, garda era o prerogativă a autorității părintești explicit recunoscută de lege, care le conferea părinților puterea de a determina modul de viață al minorului. Garda se întemeia, de asemenea, și pe dreptul părinților de a refuza sau permite publicarea fotografiilor copilului, de a decide în privința vacanțelor lui etc. Adoptând această noțiune, de altfel, *garda* însemna protejarea și educarea minorului. Totodată, oferea părinților posibilitatea de a stabili locuința sau domiciliul copilului. Renunțarea la acest termen din definiția autorității parentale din Codul civil francez nu a schimbat cu nimic reglementarea potrivit căreia copilul nu poate, fără permisiunea tatălui și a mamei, să părăsească locuința familială și nici nu poate fi luat din aceasta decât în cazuri de necesitate determinate de lege¹⁸. Mai mult decât atât, articolul 108-2 din Codul civil francez extinde dreptul de gardă al părinților și dispune că minorul neemancipat are domiciliul la tatăl și mama lui. Dacă aceștia au domiciliul diferite, copilul domiciliază la acela dintre părinți la care își are reședința obișnuită¹⁹.

Din acest punct de vedere, dreptul european, în spiritul respectului față de viața familială, consolidează autoritatea părintească, deoarece Curtea Europeană a Drepturilor Omului consideră că „viața comună cu copilul este un element fundamental al vieții familiale”²⁰. Autoritatea părintească se constituie astfel pentru a proteja securitatea copiilor, sănătatea și moralitatea acestora. Această funcție de protecție a copilului este pe larg definită în dreptul francez, ea reunește toate nevoile minorului neemancipat, atât cele materiale, cât și morale. De asemenea, misiunea părinților se răsfrânge și asupra domeniului intelectual. Avem în vedere aici multiple prerogative ale părinților, cum ar fi: decizii medicale, supravegherea relațiilor, alegerile alimentare, vestimentare.

¹³ A se vedea dispozițiile art. 373-2-9 Cod civil francez.

¹⁴ A se vedea dispozițiile art. 374, pct. 2 Cod civil belgian.

¹⁵ Tribunalul București, decizia civilă nr. 745 A/2011 din 03/10/2011.

¹⁶ Judecătoria Tulcea, sentința civilă nr. 245/2013 din 25/01/2013.

¹⁷ J. Dutil, *La garde partagée au Québec*, în A.J. Famille, nr. 12/2011, pp. 596-597.

¹⁸ A se vedea art. 371-3 din Codul civil francez.

¹⁹ Fr. Terré, D. Fenouillet, *op. cit.*, p. 898.

²⁰ CEDO, 13 iulie 2000, JCP 2001, I, 291, nr. 32.

Totuși, puterea părinților asupra deciziilor medicale în materie de sănătate a minorilor în Franța este considerabil limitată²¹. Potrivit legii privind drepturile bolnavilor din data de 4 martie 2002, în cazul refuzului unui tratament de către o persoană care este titulară a drepturilor conferite de autoritatea părintească sau de către tutore, refuz care ar avea consecințe grave asupra sănătății minorului sau majorului aflat sub tutelă, medicul este cel care dispune asupra măsurilor de ajutor indispensabil pe care să le acorde. Această lege îi garantează medicului că poate să ia orice decizii pentru salvarea copilului, fără a se teme de consecințele unei eventuale contestații din partea părinților. Considerăm că, în acest fel, practic se transferă responsabilitatea părinților în sarcina medicului care acționează în consecință, după latitudinea sa.

8. *Supravegherea copilului*

În ceea ce privește dreptul și îndatorirea părinților de a supraveghea copilul, enunțat prin art. 493 din Codul civil român, acesta conferă părinților controlul asupra preocupărilor și anturajului copilului, dar nu are caracter absolut și nu poate fi exercitat discreționar, ci numai în *interesul superior al copilului*. De asemenea, părinții sunt obligați să respecte viața intimă, privată, precum și demnitatea copilului²², astfel cum prevede art. 488 alin. (2) lit. a) C. civ. și art. 22 din Legea nr. 272/2004, republicată. Dreptul copilului la viața intimă, privată și familială este un drept fundamental, *opozabil inclusiv părinților*, consacrat prin art. 16 alin. (1) și alin. (2) din Convenția ONU cu privire la drepturile copilului. De asemenea, părinții pot, numai în baza unor motive temeiniciei, să împiedice corespondența și legăturile personale ale copilului în vârstă de până la 14 ani, potrivit art. 494 C. civ., înțelegând, prin aceasta, că astfel de cenzurări nu pot avea loc după vârsta de 14 ani. Credem că este vorba, mai ales, despre legăturile de familie care s-au stabilit între minor și bunicii săi, ori la cele care decurg dintr-o relație de familie *de facto*. Potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (1) și alin. (2) din Legea nr. 272/2004, republicată, copilul are dreptul de a menține relații personale și contacte directe cu părinții, rudele, precum și cu alte persoane față de care a dezvoltat legături de atașament și alături de care s-a bucurat de viața de familie, în măsura în care acest lucru nu contravine interesului său superior.

Concluzii

În concluzie, reiterăm opinia potrivit căreia tema locuinței alternante a copilului rămâne în centrul unor discuții doctrinare aprinse și creează soluții jurisprudențiale controversate și neunitare. Afirmatia noastră se bazează și pe jurisprudența statelor unde a fost consacrată reședința alternantă ca modalitate de stabilire a locuinței copilului la fiecare dintre părinți. Am constatat, astfel, că uneori, instanțele franceze, inclusiv cea supremă, au refuzat categoric să decidă în sensul locuinței alternante a copilului, chiar dacă părinții aflați în divorț solicitau în mod expres o astfel de soluție. Alteori, dimpotrivă, instanțele au dispus reședința partajată chiar dacă părinții s-au împotrivit.

²¹ În practică, ilustrăm un exemplu în acest sens, în care a fost refuzat dreptul unui copil la o transfuzie de sânge de către părinții săi, înaintea unei intervenții chirurgicale. A se vedea T. enf. Auch, 28 fevr. 2003, RTD civ. 2003, p. 493, obs. Hauser.

²² E. Florian, *op. cit.*, p. 536, inclusiv nota de subsol nr. 2.

LOCUIŢA COPILULUI *VERSUS* RELAȚII PERSONALE EXTINSE

Child's House Versus Extended Personal Relations

Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU*

Rezumat: *Exercițiul autorității părintești aparține, de regulă, în mod egal ambilor părinți. Despărțirea acestora însă provoacă, de foarte multe ori, conflicte care privesc modul în care fiecare dintre ei își poate exercita drepturile și îndeplini obligațiile față de copil. Mărul discordiei îl constituie stabilirea locuinței copilului, care influențează în mod decisiv relațiile acestuia cu fiecare dintre părinții săi. O soluție pentru implicarea eficientă în viața copilului a părintelui la care nu i s-a stabilit locuința o constituie găzduirea extinsă de către acesta, stabilită sub forma programului de relații personale. Condițiile în care acest program de relații personale poate fi convenit de părinți sau stabilit de instanța de tutelă sunt apreciate având în vedere, cu prioritate, interesul superior al copilului.*

Cuvinte-cheie: *părinte, relații personale, autoritate părintească, locuința copilului.*

Abstract: *The general principle of the Romanian legislation is that both parents have the right to equally exercise parental authority. A separation often generates conflicts regarding the means by which each parent can exercise their rights and fulfill their obligations towards the child. The fruit of discord lies in establishing the child's dwelling, which decisively influences the child's relationship with both of the parents. The parent whose home had not been established as the child's dwelling can efficiently involve in the latter's life through extended childcare, established in the form of a personal relationships schedule. The conditions under which this personal relationship schedule can be agreed by parents or established by the court are being decided considering, above all, the best interest of the child.*

Keywords: *parent, personal relationships, parental authority, child's dwelling.*

1. Noțiunea de „locuință” a copilului. Creșterea și educarea copilului intră în responsabilitatea ambilor părinți titulari ai autorității părintești, care, potrivit legii, exercită în mod egal drepturile părintești și tot astfel își îndeplinesc îndatoririle corelative. Locuința copilului constituie un atribut al exercițiului autorității părintești, prin care cei doi părinți, de comun acord, stabilesc un cadru stabil al creșterii și educării sale.

Precizăm că, noțiunea de „locuință a copilului” nu are înțelesul comun al locuinței persoanei fizice, în sensul că nu se referă doar la locul unde copilul va locui, ci face referire la părintele cu care copilul va rămâne după separarea familiei sau cuplului căruia îi aparține. Părintele la care se va stabili locuința copilului este cel care se va ocupa permanent de copil, asigurându-i mediul familial securizant de care acesta are nevoie. Aceasta este rațiunea pentru care aprecierea interesului superior al copilului cu privire la stabilirea locuinței sale se face raportat la îndeplinirea unor criterii legale de către fiecare părinte, iar nu doar la spațiul și condițiile de locuit oferite.

Potrivit art. 496 C. civ., locuința copilului este la părinții săi, iar părinții care nu locuiesc împreună o vor stabili de comun acord. Există însă și derogări de la această regulă. Astfel, în cazul în care părinții nu se înțeleg cu privire la locuința copilului sau înțelegerea lor contravine interesului superior al copilului, competența stabilirii acesteia aparține instanței de tutelă¹.

Codul civil reglementează chiar obligația instanței de a rezolva situația copilului în anumite tipuri de cauze. Astfel, odată cu pronunțarea divorțului părinților, instanța de tutelă are obligația de a stabili locuința copilului la părintele la care acesta locuiește în mod statornic², iar dacă acesta a locuit cu ambii părinți, la unul dintre aceștia, „ținând seama de interesul superior al copilului”. În acest scop, instanța va avea în vedere înțelegerea părinților, dacă aceasta respectă interesul copilului, iar în caz contrar, alegerea locuinței copilului se va baza pe probatoriul administrat în cauză, pe raportul de anchetă socială și pe opinia copilului, în raport cu vârsta și gradul său de maturitate, astfel cum prevede art. 264 alin. (4) C. civ., având în vedere și criteriile prevăzute de art. 21 alin. (1) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată, cu modificările și completările ulterioare³.

De asemenea, instanța de tutelă are obligația legală de a stabili locuința copilului prin hotărârile judecătorești de stabilire a filiației. Dispoziția art. 438 C. civ., care obligă instanța să se pronunțe și cu privire la exercitarea autorității

* Doctor în drept, Cercetător științific asociat al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: c_craciunescu@hotmail.com.

¹ Pentru detalii: Lupașcu, D., Crăciunescu, C.-M., *Dreptul familiei*, ed. a III-a, emendată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București 2017, pp. 362 și urm.; Avram, M., *Drept civil. Familia*, ed. a 2-a, revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2016, pp. 164 și urm.; Florian, E., *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2016, pp. 350 și urm.

² Art. 400 C. civ.

³ Lupașcu, D., Crăciunescu, C.-M., *op. cit.*, pp. 362 și urm.

părintești a fost interpretată atât în doctrină cât și în practica judiciară în sensul că noțiunea de „exercițiu al autorității părintești” include și stabilirea locuinței copilului, de care depinde modul în care părinții își vor exercita drepturile și își vor îndeplini obligațiile cu privire la creșterea și educarea copilului lor, inclusiv sub aspectul întreținerii acestuia.

Copilul poate solicita părinților schimbarea locuinței sale în vederea continuării studiilor și desăvârșirii pregătirii sale profesionale, iar în cazul refuzului acestora, cererea poate fi adresată instanței de tutelă.

În alte situații, schimbarea locuinței copilului poate avea loc tot prin acordul părinților și, doar în caz de neînțelegeri va interveni instanța de tutelă⁴. Acordul părinților este necesar mai ales din perspectiva afectării relațiilor personale dintre unul dintre părinți și copil, când trebuie găsite soluțiile apte de a diminua astfel de consecințe nefaste.

2. Locuința copilului și exercițiul drepturilor și îndeplinirea obligațiilor părintești

În privința exercitării autorității părintești, regula este stabilită potrivit art. 483 C. civ., ca aparținând în mod egal ambilor părinți. Firește, atâta timp cât ambii părinți conviețuiesc, ei se ocupă de creșterea și educarea copilului împreună, toate deciziile importante cu privire la acesta fiind luate prin acordul lor, iar cele care țin de activitatea zilnică, obișnuită a copilului sunt luate de oricare dintre ei, în baza prezumției mandatului tacit reciproc instituit de art. 503 alin. (2) C. civ.

În cazul părinților separați însă, un rol preponderent în creșterea și educarea copilului îl are, inevitabil, părintele la care este stabilită locuința copilului. Chiar dacă deciziile importante care vor determina viitorul copilului trebuie luate cu acordul ambilor părinți, supravegherea copilului și educarea acestuia depind foarte mult de timpul petrecut de fiecare dintre părinți împreună cu acesta, de legăturile afective care se dezvoltă între ei și copil, de modul în care copilul percepe implicarea fiecărui părinte în viața sa.

Acesta este și motivul generator al disensiunilor foarte frecvente între părinții care se despart, în privința stabilirii locuinței copilului, fiecare dintre părinții titulari ai autorității părintești având dreptul și obligația de supraveghere a copilului minor⁵.

De aceea, apreciem că stabilirea locuinței copilului trebuie privită într-un context mai larg, care privește nu doar conceptul social și juridic de „locuință”, care definește domiciliul copilului la un moment dat, ci întreaga complexitate a realizării relațiilor personale ale copilului cu fiecare dintre părinții săi, astfel încât această dispoziție a instanței de tutelă să ofere posibilitatea copilului de a beneficia de grija și implicarea fiecăruia dintre părinți în viața sa. Deși Codul civil stabilește unicitatea locuinței copilului la unul dintre părinții săi, implicarea ambilor se poate regla prin intermediul stabilirii, prin acordul părinților sau prin decizia instanței, a unui program de relații personale cât mai extins cu părintele la care copilul nu are locuința stabilită.

Chiar dacă egalitatea părinților în exercitarea drepturilor și îndeplinirea îndatoririlor părintești presupune posibilitatea fiecăruia dintre ei de a se implica la fel de mult în creșterea și educarea copilului, în cazul părinților separați intervin numeroase condiționalități care potențează timpul petrecut de copil cu fiecare dintre părinții săi. Soluția izolată întâlnită în jurisprudență, de a se stabili locuința copilului alternant, câte o săptămână la fiecare părinte⁶, nu este în acord cu dispozițiile art. 400 C. civ., care impun stabilirea locuinței copilului la unul dintre părinți. De altfel, reglementarea este logică având în vedere că acolo va fi și domiciliul copilului, ca element de identificare a persoanei⁷. Trebuie însă făcută diferența între noțiunile de „locuința copilului”, pe care instanța o stabilește ori de câte ori legea prevede această obligație (prin hotărârile de divorț, filiație) în funcție de criteriile prevăzute de lege, „domiciliul copilului”, care corespunde locuinței acestuia, fiind înscris în actele sale de stare civilă și „găzduirea copilului” (care se stabilește în cadrul programului de relații personale ale copilului cu părintele la care nu i-a fost stabilită locuința, la cerere), noțiuni care se pot completa dacă sunt îndeplinite condițiile necesare.

Este adevărat că există legislații care prevăd posibilitatea stabilirii locuinței prin alternanță, pe perioade egale sau inegale, la ambii părinți (în unele legislații chiar ca regulă⁸), însă legislația noastră păstrează unicitatea locuinței, necesară inclusiv pentru a asigura copilului un punct de reper important în cazul oricăror conflicte parentale. Soluții însă există pentru situațiile în care părinții sunt conștienți de nevoile copilului și doresc să se implice cu bună-credință în îndeplinirea rolului lor parental.

⁴⁴ Art. 497 C. civ.

⁵⁵ Art. 493 C. civ.

⁶ În acest sens, Sentința civilă nr. 4080 din 16.04.2013, a Judecătoriei sect. 4 București, nepublicată, în care instanța stabilește „domiciliul minorului” alternant, câte o săptămână la fiecare dintre părinți. Pentru detalii, Lupașcu, D., Crăciunescu, C.-M., *op. cit.*, pp. 567 și urm.; a se vedea și Tănase, A.-R., *Noul Cod civil. Persoana Fizică. Despre familie, art. 1-186, art. 252-534*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 520.

⁷ Potrivit dispozițiilor art. 86 alin. (2) C. civ., o persoană nu poate avea mai mult de un domiciliu, chiar și atunci când deține mai multe locuințe.

⁸ Este cazul Codului civil francez, care în art. 373-2-9 prevede că locuința copilului poate fi stabilită în alternanță la cei doi părinți sau la unul dintre ei. De asemenea, Codul civil belgian instituie regula găzduirii egalitare a copilului în art. 374. De asemenea, la 2 octombrie 2015, Adunarea Parlamentară a Consiliului Europei a adoptat Rezoluția 2079 (2015) privind egalitatea și coresponsabilitatea parentală, prin care recomandă tuturor statelor europene reglementarea posibilității de stabilire a locuinței alternante ca o soluție pentru exercitarea comună în mod egal a autorității părintești de către părinții separați.

În acest sens, programul de relații personale poate îmbrăca formele prevăzute de art. 18 alin. (1) din Legea nr. 272/4004, printre care se numără și „găzduirea copilului, pe perioadă determinată, de către părintele (...) la care copilul nu locuiește în mod obișnuit”. În doctrină s-a susținut⁹ că soluția așa-numitei „găzduiri egalitare” este nu doar posibilă din punct de vedere juridic, dar și cea mai eficientă în perspectiva atingerii unui astfel de obiectiv. Este o soluție care, în condițiile exercitiului comun al autorității părintești, apreciem că ar putea da roade în cazul existenței tuturor condițiilor necesare atât din punct de vedere material, moral și afectiv, cât și din cel al stabilității și continuității modului de viață al copilului. Relațiile personale însă se pot organiza pe un palier mult mai larg, în funcție de condițiile concrete dovedite în fiecare caz, fără a absolutiza niciunul dintre modelele existente și evitându-se tiparul clasic al „programului de vizitare” moștenit de pe vremea fostului Cod al familiei.

3. Interesul superior al copilului în relațiile cu părinții săi

Interesul superior al copilului este o noțiune al cărei conținut variază în funcție de domeniul în care este analizat; astfel, în privința relațiilor personale ale copilului cu părinții săi, interesul superior al copilului privilegiază prezența constantă și permanentă în viața acestuia a ambilor părinți, contribuția nu doar materială, dar și morală, personală și afectivă a ambilor părinți la creșterea și formarea personalității lui. Crearea unui mediu familial securizant este necesară unei dezvoltări normale a personalității copilului.

Formarea personalității copilului constituie un proces complex, care necesită interacțiuni benefice cu toate persoanele cu care copilul vine în contact, dar în special cu părinții săi. Modelul matern și modelul patern au fiecare roluri foarte clare, care concură la dezvoltarea copilului și la creionarea personalității lui. În acest context, „coparentalitatea – cooperarea și interesul comun al celor doi părinți pentru copiii lor – ar fi condițiile ideale pentru dezvoltarea armonioasă a acestora”¹⁰.

Nu putem circumscrie așadar interesul superior al copilului cu privire la relațiile sale personale cu părinții în afara unui cadru familial, care, chiar în ipoteza părinților divorțați sau despărțiți, păstrează cuplul parental chiar și după dispariția cuplului conjugal¹¹.

Mijloacele care ar putea facilita însă realizarea acestui interes, în condițiile intervenției unor traume familiale care au condus la separarea membrilor acesteia și, în multe cazuri, la nașterea unor familii reconstituite, depind foarte mult de posibilitățile concrete din fiecare caz în parte. Dincolo de respectarea condițiilor impuse de lege, impedimentele de ordin personal sau obiectiv pot genera situații greu de gestionat în acest domeniu deosebit de sensibil. Este foarte important ca ambii părinți să înțeleagă faptul că, indiferent de raporturile lor de foști soți sau concubini, ambii rămân împreună părinți, iar funcționarea acestei coparentalități trebuie să fie primordială în raporturile viitoare dintre ei.

4. Modalități de optimizare a relațiilor copilului cu părinții, prin prisma stabilirii locuinței copilului

Locuința copilului în cazul părinților care se despart poate fi stabilită, așadar, numai la unul singur dintre părinți – este locul care va fi considerat și domiciliul minorului din punct de vedere social și juridic. Însă, aceasta nu poate împiedica implicarea ambilor părinți în viața cotidiană a copilului lor.

În acest scop, părinții se pot înțelege să organizeze găzduirea copilului în orice mod, la fel ca și împărțirea sarcinilor curente care privesc creșterea, supravegherea și educarea copilului. Formalizată sau nu, o astfel de înțelegere își poate produce efectele benefice, creând mediul familial necesar copilului pentru a nu resimți dureros separarea părinților săi. De cele mai multe ori însă, părinții nu se înțeleg, conflictele și resentimentele pe care despărțirea le generează răsfrângându-se asupra relației lor parentale.

Ce poate face judecătorul de familie în fața unei astfel de evidențe?

Firește, judecătorul este călăuzit, în toate deciziile pe care este chemat să le ia, de respectarea interesului superior al copilului. Iar în privința efectelor divorțului sau separării părinților, în lipsa înțelegerii lor sau dacă aceasta este contrară interesului copilului, va trebui să se pronunțe cu privire la exercitiul autorității părintești, locuința copilului și întreținerea acestuia, iar la cerere și cu privire la programul de relații personale ale copilului cu părintele la care nu i-a fost stabilită locuința.

În cazul în care exercitiul autorității părintești este conferit doar unuia dintre părinți, lucrurile se simplifică, în sensul că doar acest părinte va putea lua decizii pentru copil, prin urmare copilul va avea locuința stabilită la el. În astfel de cazuri, instanța va verifica doar dacă părintele titular al autorității părintești oferă condițiile minime necesare copilului, pentru ca acestuia să îi poată stabili locuința la el, fără a se raporta și la condițiile oferite de celălalt părinte, care va avea doar dreptul de a veghea asupra modului de creștere și educare a copilului și dreptul de a consimți la adopția acestuia¹². Desigur, atâta vreme cât părintele care nu are exercitiul autorității părintești nu se află în situații în care i se interzice contactul cu copilul (decădere din drepturile părintești, ordin de protecție), acesta va putea avea

⁹ Ionescu, B., *Mic studiu asupra găzduirii egalitare a minorilor după divorț*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 13 și urm.

¹⁰ Vasile, D.L., *Trauma familială și resursele compensatorii*, Ed. Sper, București, 2012, p. 66.

¹¹ Ionescu, B., *op. cit.*, p. 25.

¹² Art. 398 alin. (2) C. civ.

relații personale cu copilul, fără însă a putea lua decizii în privința sa. Menționăm că imposibilitatea de a lua decizii cu privire la copil împiedică găzduirea acestuia, cel puțin pentru perioade mai lungi.

Dificultățile cele mai mari privind modalitățile de realizare a unor înțelegeri se întâlnesc însă în cazurile în care ambii părinți exercită în comun autoritatea părintească în privința copilului, pornind de la principiul conform căruia exercițiul autorității părintești le aparține în mod egal. Aici încep în foarte multe cazuri contradicțiile între cei doi părinți, fiecare dorind să acapareze singur copilul, în detrimentul celuilalt, de multe ori acesta devenind obiect de șantaj sau monedă de schimb în disputele lor, mai ales cu privire la stabilirea locuinței acestuia.

Locuința copilului este așadar, în astfel de cazuri, prima redută de cucerit! Criteriile pe care judecătorul le va avea în vedere la stabilirea acesteia se regăsesc în art. 2 alin. (6) și art. 21 alin. (1) din Legea nr. 272/2004, constând atât în: „a) nevoile de dezvoltare fizică, psihologică, de educație și sănătate, de securitate și stabilitate și apartenență la o familie; b) opinia copilului, în funcție de vârsta și gradul de maturitate; c) istoricul copilului, având în vedere, în mod special, situațiile de abuz, neglijare, exploatare sau orice altă formă de violență asupra copilului, precum și potențialele situații de risc care pot interveni în viitor; d) capacitatea părinților sau a persoanelor care urmează să se ocupe de creșterea și îngrijirea copilului de a răspunde nevoilor concrete ale acestuia; e) menținerea relațiilor personale cu persoanele față de care copilul a dezvoltat relații de atașament”, cât și în: „a) disponibilitatea fiecărui părinte de a-l implica pe celălalt părinte în deciziile legate de copil și de a respecta drepturile părintești ale acestuia din urmă; b) disponibilitatea fiecăruia dintre părinți de a permite celuilalt menținerea relațiilor personale; c) situația locativă din ultimii 3 ani a fiecărui părinte; d) istoricul cu privire la violența părinților asupra copilului sau asupra altor persoane; e) distanța dintre locuința fiecărui părinte și instituția care oferă educație copilului”. Pentru a avea elementele necesare luării unei decizii care să respecte interesul copilului, instanța va avea în vedere atât probatoriul administrat în cauză, cât și raportul de anchetă psiho-socială și opinia copilului, în condițiile legii.

Observăm că printre criteriile stabilite de legiuitor se numără și disponibilitatea părintelui de a-l implica pe celălalt în luarea deciziilor cu privire la copil, de a-i respecta drepturile părintești și de a-i permite relațiile personale cu copilul; este nu doar consecința numeroaselor condamnări pe care România le-a primit la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru imposibilitatea executării hotărârilor judecătorești privind realizarea relațiilor copilului cu unul dintre părinți, dar și grija pentru crearea unui climat adecvat educării copilului și evitării alienării părintești.

Dincolo de locuința astfel stabilită, părinții se pot înțelege sau pot solicita instanței să stabilească un program de relații personale cu copilul, astfel încât coparentalitatea să se manifeste cât mai pregnant, în beneficiul copilului comun, renunțând la modelul clasic al „programului de vizitare” rezumat, cel mai adesea, la un week-end din două și jumătate din vacanțele școlare. Iar modalitatea cea mai la îndemână rămâne, desigur, găzduirea copilului de către părintele la care nu i-a fost stabilită locuința pe perioade extinse, putându-se ajunge chiar la o găzduire egalitară de către cei doi părinți¹³. Rămâne de analizat condițiile care trebuie îndeplinite pentru a se putea dispune o astfel de găzduire.

În primul rând, este necesară solicitarea părintelui la care nu a fost stabilită locuința copilului de a i se stabili un program de relații personale sub forma găzduirii extinse sau chiar egalitare, a acestuia. Bineînțeles, aceasta presupune ca părintele solicitant să dovedească faptul că dispune de condițiile materiale și morale necesare creșterii și educării copilului.

În jurisprudența statelor care prevăd posibilitatea găzduirii egalitare (sau a locuinței alternante) s-au revelat anumite piedici în realizarea acestei modalități de implicare în coparentalitate¹⁴. Astfel, de exemplu, depărtarea geografică între locuințele celor doi părinți face imposibilă găzduirea alternantă a copilului, întrucât acesta are nevoie de o anumită stabilitate, în primul rând pentru a urma cursurile unei școli. Educația și formarea profesională a copilului este hotărâtă, de comun acord, de părinții cotitulari ai autorității părintești, însă copilul trebuie să locuiască în apropierea școlii pe care o urmează, aceasta neputând fi schimbată periodic. Evident că, în situațiile în care părinții locuiesc în zone îndepărtate geografic (cu atât mai mult dacă este vorba de țări diferite), programul de relații personale va fi adaptat astfel încât copilul să aibă posibilitatea să urmeze cu caracter de continuitate cursurile grădiniței/școlii la care a fost înscris.

Un alt criteriu care poate împiedica dispunerea găzduirii extinse sau egalitare a copilului îl constituie lipsa disponibilității părintelui de a se ocupa personal de copil și de a petrece timp cu acesta. Părintele care are un program de lucru foarte extins, care, eventual, presupune și deplasări frecvente în afara localității sau a țării, sau are preocupări care îl indisponibilizează pentru intervale foarte lungi de timp nu poate oferi copilului mediul securizant și suportul

¹³ De altfel, și în Franța a fost folosit programul de relații personale ale copilului cu părintele la care nu i s-a stabilit locuința ca modalitate de a stimula coparentalitatea înainte de reforma din 2002, prin care a fost introdusă în Codul civil francez posibilitatea stabilirii locuinței partajate. În acest sens, a se vedea: Terré, F., Goldie-Genicon, C., Fenouillet, D., *Droit civil. La famille*, 9^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2018, p. 1074.

¹⁴ Massager, N., *Droit familial de l'enfance. Filiation. Autorité parentale. Hébergement*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2009, pp. 364 și urm.; Ionescu, B., *op. cit.*, pp. 38 și urm. Și în Franța, deși reședința alternantă este reglementată ca principală modalitate de stabilire a locuinței copilului din anul 2002, frecvența adoptării acestei măsuri este destul de redusă. Astfel, un studio al Ministerului Justiției din 2006 relevă faptul că reședința alternantă nu era aleasă decât în 12% din cazuri, iar copiii rămăneau să locuiască la mamă în proporție de 79% la divorț și de 84% în cazul cuplurilor necăsătorite (Terré, F., Goldie-Genicon, C., Fenouillet, D., *op. cit.*, p. 1056).

necesar supravegherii și educării sale, dezvoltării emoționale pe care o presupune contactul permanent cu părintele. Mai ales la vârste mai mici, copilul are nevoie permanent de prezența cel puțin unui părinte la care să poată apela oricând.

Nici atitudinea dezinteresată a părintelui care transferă responsabilitatea creșterii și educării copilului către bunici sau alte persoane nu este una benefică pentru copil prin prisma stabilirii unei găzduiri extinse a acestuia, lipsindu-l astfel și de atenția celui alt părinte, a cărui disponibilitate este mult mai mare. Nu este suficient ca părintele să se afle în preajmă, el trebuie să interacționeze cu copilul, să îi acorde atenție, să îi creeze un set de valori și repere care să îl ajute în formarea personalității. De aceea, apreciem că timpul pe care părintele îl poate investi în creșterea și educarea copilului său și abilitățile educative ale părintelui constituie un criteriu important în dimensionarea programului de relații personale care are la bază găzduirea copilului de către respectivul părinte.

Nu mai puțină relevanță prezintă vârsta copilului. Indubitabil, în primii 2-3 ani de viață copilul este biologic dependent de mamă; or, în astfel de condiții, interesul superior al copilului impune cu necesitate renunțarea la orice separare de aceasta, care să îi afecteze sănătatea fizică și psihică¹⁵. Această vârstă a copilului constituie, fără îndoială, un motiv temeinic de respingere a oricărei cereri de găzduire extinsă formulată de către tată, chiar dacă acesta are abilitățile necesare îngrijirii unui copil de vârstă mică. Relațiile personale ale tatălui cu copilul de vârstă foarte mică, mai ales dacă este hrănit la sân, se limitează la vizite scurte (de cel mult câteva ore), care să respecte orele de masă și de somn ale acestuia.

Printre situațiile care necesită o atenție deosebită în soluționarea cererilor de găzduire extinsă a copilului apreciem că se numără și existența unui climat tensionat, generat de neînțelegeri grave între părinți. Un mediu securizant pentru copil presupune evitarea certurilor și a atitudinilor care să îl sperie sau să îi provoace sentimente negative. De multe ori, părinții între care există un climat tensionat încearcă să-și atragă copilul încercând să îl îndepărteze de celălalt prin atitudini manipulative¹⁶ și nu de puține ori se admonestează și își vorbesc urât în fața lui.

Un alt aspect care considerăm că este important îl constituie nesepararea sau menținerea fraților împreună¹⁷. Chiar dacă legea nu îl amintește în cadrul criteriilor privind stabilirea locuinței copilului¹⁸, el este prevăzut în materia plasamentului copilului¹⁹ și este cunoscut și aplicat de instanțele de familie. Despărțirea părinților este în sine foarte destabilizantă pentru copii, astfel încât dublarea acesteia și de o separare a fraților devine și mai dureroasă. Astfel că, în ipoteza unei găzduiri extinse de către părintele la care copiii nu li s-a stabilit locuința, programul este indicat să fie identic pentru amândoi/toți copiii, aceștia rămânând astfel împreună la fiecare dintre părinți.

Opinia copilului trebuie să fie luată în considerație „în raport cu vârsta și gradul său de maturitate”, potrivit art. 264 alin. (4) C. civ. Aceasta nu înseamnă un transfer de responsabilitate de la judecător pe umerii copilului²⁰; cel care ia decizia rămâne judecătorul, care însă va asculta copilul pentru a cunoaște relațiile afective și de atașament stabilite între acesta și părintele în cauză, dorințele copilului privind viitoarele sale relații personale cu fiecare dintre părinți, implicarea fiecăruia dintre părinți în viața sa cotidiană. De aceea apreciem și noi²¹ că judecătorul trebuie să adreseze copilului întrebări indirecte, prin care să obțină detalii despre relația părinte-copil, fără a-i cere să aleagă între cei doi părinți ai săi, alegere care i-ar produce o povară greu de suportat mai târziu.

Firește, opinia copilului va fi apreciată în funcție de gradul său de discernământ și va fi coroborată cu concluziile raportului de anchetă socială și cu probatoriul administrat în cauză.

5. Concluzii

Putem concluziona, așadar, prin a spune că realizarea unei coparentalități efective a fiecăruia dintre părinți separați în viața copiilor lor nu este doar de dorit, dar și posibilă în contextul legislației românești actuale, chiar dacă noțiunea de „locuință partajată” sau „alternantă” nu este reglementată în legislația românească.

Mijlocul legal al găzduirii extinse sau chiar egalitate a copilului de către cei doi părinți, stabilite sub forma programului de relații personale poate facilita implicarea egală sau, în orice caz apropiată, atât a mamei cât și a tatălui în creșterea și educarea propriului copil. Mai mult chiar, prin această reglementare este conferită posibilitatea adaptării programului de relații personale ale părinților cu copiii în concret, de la caz la caz, în funcție de posibilitățile practice pe care fiecare părinte le are, pentru a satisface în modul cel mai complet și eficient atât nevoile specifice vârstei și personalității copilului, cât și realizării dreptului părintelui de a-și exercita liber autoritatea părintească asupra acestuia.

Importantă rămâne deschiderea instanței de tutelă pentru a înțelege cât mai exact interesul superior al copilului în relațiile personale cu părinții săi în fiecare cauză și de a lua măsurile cele mai potrivite în consecință. Prin aceasta, rolul jurisprudenței în restabilirea echilibrului necesar al intervenției ambilor părinți în realizarea interesului superior al copilului devine esențial.

¹⁵ Ionescu, B., *op. cit.*, p. 27.

¹⁶ Biolley, J., *Copilul și divorțul*, Ed. Philobia, București, 2014, pp. 182 și urm.

¹⁷ Vasile, D. L., *Trauma familială și resursele compensatorii*, Ed. Sper, București, 2012, pp. 46-47.

¹⁸ Massager, N., *op. cit.*, p. 364; Ionescu, B., *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ Art. 64 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 272/2004, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

²⁰ În acest sens, a se vedea și Terré, F., Goldie-Genicon, C., Fenouillet, D., *op. cit.*, p. 1072.

²¹ Pivniceru, M.-M., Luca, C., *Interesul superior al copilului. Expertiza psihologică în caz de separarea/divorțul părinților*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 169 și urm.

RELĂȚII DE FAMILIE. NOUTĂȚI ȘI PRECIZĂRI

Family Relations. News and Clarifications

Lidia-Simona SECELEANU*

Dedic această lucrare uneia dintre luminile Dreptului românesc, Doamna Notar Doina Dunca

„Familia este cristalul societății: nu se dizolvă”
Victor Hugo

„Familia este cea mai veche dintre toate societățile și singura naturală”
Jean Jacques Rousseau

Rezumat: *„Relațiile de familie ca orice tipuri de relații sunt și ele într-o dinamică permanentă cu toate constantele lor firești din punct de vedere istoric și corespunzătoare evoluției societății. Din epoca străveche (î. Chr.) organizată în cete și căsătoria pe grupe, ginta matrimonială apoi patriarhală, epoca veche (î. Chr. și d. Chr.) cu forma de organizare: uniuni de triburi, apoi stat unitar și independent, cu norme juridice prestabilite, drept sacerdotal, familie monogamă, epoca modernă (1746-1989): cu rolul familiei burgheze preponderent patrimonială care se considera imuabilă și ulterior familia socialistă cu rol preponderent reproductiv, etic și educativ până la perioada contemporană în care pare că relația de familie este mai puțin importantă în raport cu diverse alte priorități... Aceasta este imaginea panoramică a dinamismului relațiilor complexe și importante de familie... Ne propunem studiul unor aspecte ale evoluției acestui tip de relații sociale începând de la Marea Unire de la 1 Decembrie 1918 până în prezent”.*

Cuvinte-cheie: Familie, filiație, rudenie, regimuri matrimoniale și monogamie.

Abstract: *„Family relationship as any type of relationships are in a permanent dynamics with all the normal constants understood from the historical point of view and corresponding to the evolution of the society. Since the ancient times before Christ the tribes were organised in small groups and the marriage was organised among the groups as the matriarchal/matrimonial kinred, then patriarchal kinred, a couple of centuries before and after A.D. the society was organised in union of tribes later as unitary and independent states with pre established set of legal norms as for sacerdotal right, that stipulated the monogamous families, until the modern times starting from 1746 until 1989: the role of the family in the bourgeois society was mainly a patrimonial one, which was considered inalterable and further going into the socialist regime the socialist family had a strict reproductive, ethical and educational role untill the contemporary period in which the family relations seem much less important in comparison with different other priorities. This is a panoramic view of the dynamics of the relations so complex and so important as they are at the family level.*

We propose such a study of these aspects of the evolution of this type of social relationships starting from the Union of the Romanian Principalities on December 1st 1918 till present”.

Keywords: Family, filiation, kinship, kinred, matrimonial regimes and monogamy

În urma actului istoric al Marii Uniri de la 1 Decembrie 1918, Constituția din 1866 va fi modificată substanțial prin elaborarea Constituției din anul 1923, considerată una din cele mai moderne din epoca respectivă. Modernă pentru că ea consacră principiul suveranității naționale, al separației puterilor în stat, garanta drepturile și libertățile democratice, a înscris principiul suveranității legii, al statului de drept, organizând controlul constituționalității legii și introducând instituția contenciosului administrativ. Ea realiza unificarea administrativă.

După 1918 apar noile izvoare formale ale dreptului român: Constituția din 1923, Codul penal și de procedură penală din 1936, Codul comercial din 1938, Codurile civile din anii 1939-1940 și Codul de procedură civilă din 1939, toate având ca obiect realizarea unificării legislative, obiectiv al Marii Uniri.

În Constituția țării, în Codul civil precum și în alte acte normative de la acea dată au fost formulate și principiile fundamentale ale dreptului familiei. Desprinderea dreptului familiei de reglementările civile și constituționale ca ramură distinctă și-a găsit expresia într-un cod special consacrat relațiilor de familie – Codul familiei – intrat în

* Conf. univ. dr., Universitatea Hyperion – Facultatea de Drept; e-mail: bnpnemesis@yahoo.co.uk.

vigoare la 01.01.1954²². Acest cod a fost precedat de acte normative și dispoziții ce vizau **relațiile de familie** (diverse legi, decrete, coduri).

Obiectul dreptului familiei

Profesorul T.R. Popescu arăta: „*Raporturile sociale care fac obiectul dreptului familiei sunt relații dintre membrii familiei precum și unele relații dintre aceștia și alte persoane*”²³. Se referea la **CĂSĂTORIE, RUDENIE, ÎNFIERE – în principal** dar și la **reglementările de drept al familiei care vizau relații între persoane care nu sunt legate între ele nici prin căsătorie și nici prin rudenie**, cum ar fi foștii soți, un soț și copilul celui alt soț, tutela și curatela minorului, acte încheiate de unul dintre soți cu alte persoane privitoare la bunurile lor comune, acte încheiate de copii minori (art. 35, 32, 105-141 din fostul C. fam.) – aceste raporturi fiind asimilate sub anumite aspecte cu relațiile de familie.

Profesorul arată în același timp că sunt multe alte raporturi reglementate de lege în considerarea familiei, în strânsă legătură cu familia, care nu fac parte din sfera raporturilor reglementate de familie, aparținând altor ramuri de drept, ceea ce învederează legătura dintre diferitele ramuri ale dreptului.

Fostul cod civil, dinaintea elaborării primului cod al familiei, cuprindea în rețeaua normelor sale întreaga viață a omului, de la naștere, ba chiar de la „zămislire” până la moarte și la urmarea ei patrimonială, cum arăta profesorul Mihail Eliescu²⁴.

În perioada socialistă și comunistă desprinderea unui cod distinct al familiei din vechiul Cod civil a fost consecința unei abordări conceptuale de natură politică ce a pus un accent foarte serios pe acest tip de relații sociale.

În doctrina acelei perioade realizarea omului nou, multilateral dezvoltat era indisolubil legată de nașterea, creșterea și educarea într-o familie bine organizată, structurată, care își înțelegea și respecta funcția sa educativă. Acest aspect era dezideratul promovat consecvent de regimul conducător.

Existența unui cod al familiei de sine stătător desprins din Codul civil precum și din diverse alte reglementări a marcat o anumită viziune politică și strategică care exprima dorința ca dreptul socialist unitar să se rupă radical de sistemul de drept burghez, în care relațiile de familie erau dominate complet de relațiile de proprietate, relații considerate sacre și imuabile.

Marx, Engels și Lenin au punctat decalajele dintre familia burgheză și cea proletară. Ei o considerau pe prima născută din interese și pe cea de a doua din afecțiune și prietenie, risipită datorită lipsurilor.

Astfel putem vorbi despre tipuri de familii determinate de situații economice, de tipuri de morală, de tipuri de credințe, de clasă socială. În perioada existenței Codului familiei morala era considerată un cuvânt creștin și era înlocuit cu termenul de *etică*, punându-se accent pe caracterul laic al noțiunii de familie.

Interesant este faptul că nici în vechile reglementări și nici acum actualele reglementări nu definesc conceptul de familie; el apare mai degrabă abordat prin descrierea diverselor aspecte pe care le implică.

Familia este o hidră-miriapod cu multiple capete și tentacule.

Sunt de părere că e corect că nici dreptul nostru și nici reglementările din alte state nu s-au hazardat să definească conceptul de familie, riscând o limitare a acestuia.

Bineînțeles că familia și relațiile de familie trebuie abordate printr-o perspectivă psihologică, etică, morală, religioasă, aceste aspecte regăsindu-se în reglementările juridice.

Acestea vizează însă și alte relații de familie din afara dreptului familiei (spre exemplu succesiunile).

În ceea ce privește conceptul de relații juridice de familie, acesta desemnează raporturile sociale reglementate de norma de drept al familiei și vizează în principal membrii familiei (bazată pe rudenie și căsătorie) dar și alte persoane (afini, curatorii, tutore, înfiitor, foștii soți).

Ca expresie a monismului care a marcat noile teorii ale unificării dreptului, relațiile de familie sunt reintroduse în cuprinsul Codului civil și constituie Cartea a 2-a a acestui cod „Despre familie”, cuprinzând 276 de articole sistematizate în 5 titluri: *Dispoziții generale, Căsătoria, Rudenia, Autoritatea părintească, Obligația de întreținere*²⁵.

Noutăți legislative și principii ale dreptului familiei

Câteva din noutățile legislative pe care le semnalăm în reglementarea actuală, în raport cu fostul Cod al familiei, sunt: reglementarea logodnei și instituirea celor trei regimuri matrimoniale:

– *regimul comunității legale, regimul comunității convenționale și regimul separației de bunuri, procedura reproducerii umane asistate cu terț donator*. În mod firesc această noutate va fi generatoare de jurisprudență cu

²² Legea nr. 4 din 04.01.1954 modificată prin Legea nr. 4 din 04.04.1956, republicată în Buletinul oficial din 18.04.1956.

²³ Tudor R. Popescu, *Dreptul familiei – Tratat I*, ed. revăzută, Ed. Didactică și Pedagogică, București 1965, p. 1.

²⁴ Mihail Eliescu, *Transmisiunea și împărțirea moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966.

²⁵ Reglementarea relațiilor de familie se regăsește în Cartea I a vechiului Cod civil, intitulată „Despre persoane”, dispozițiile legale vizând relațiile de familie fiind cuprinse în art. 6-460.

implicații în practica judiciară atât contencioasă cât și necontencioasă. Ea generează schimbări majore în abordarea problematicei în mod special în procedura necontencioasă.

În ceea ce privește principiile generale ale dreptului familiei, care se prezintă ca norme juridice cu funcții determinante ce contribuie substanțial la interpretarea și aplicarea normelor în materie, semnalăm următoarele:

Regulile fundamentale de organizare a dreptului familiei sub regimul actual sunt: *Principiul căsătoriei liber consimțite între soți* (art. 258 alin. 1, art. 259 alin. 1 și art. 271 C. civ.); *Principiul egalității în drepturi și îndatoriri a soților*; *Principiul ocrotirii familiei de către societate și stat prin măsuri economice și sociale* (art. 258 alin. 2 și 3); *Principiul monogamiei* (art. 259 alin. 1); *Principiul încheierii căsătoriei în scopul întemeierii unei familii și dreptul de a se căsători* (art. 259 alin. 2 C. civ.); *Principiul interzicerii căsătoriilor între persoane de același sex* (art. 258, alin.4); *Principiul caracterului laic al căsătoriei sau subsecvent al căsătoriei religioase* (art. 259 alin. 3); *Principiul solemnității căsătoriei*; *Principiul egalității în drepturi și îndatoriri a copiilor* (art. 260); *Principiul interesului superior al copilului* (consacrat de art. 263, reluat în art. 258, 261 și 264 C. civ.).

Vechiul Cod al familiei cuprindea aceste principii și mai preciza încă trei: *Principiul dreptului și îndatoririlor părinților de a asigura creșterea, educația și instruirea copiilor*; *Principiul protecției copiilor și a tinerilor*; *Principiul ocrotirii intereselor mamei și copilului*.

Aceste principii le considerăm relevante și ar fi putut fi inserate *expressis verbis* și în actualele reglementări.

Noul Cod civil adoptat în temeiul Legii nr. 287/2009 – publicată în M. Of. nr. 511 din 24.07.2009 și intrat în vigoare la data de 01.10.2011, este considerat moment istoric al schimbării, după aproape 150 de ani de influență napoleoniană, de cod anterior impregnat de principii și idealuri ale Revoluției franceze care pentru acea dată au modernizat România transformând-o într-un stat european.

Orice schimbare este și o provocare, generând diverse atitudini. Unii au fost reticenți, alții entuziaști. Este totuși un instrument legislativ nou, repune pe făgașul european raporturile juridice de drept civil, de această dată adaptate noilor exigențe contemporane²⁶.

Acest cod civil cuprinde din nou sub aceeași pălărie toate componentele vieții private. De asemenea, în același act normativ toate componentele dreptului – care guvernează viața privată a cetățenilor pe tot parcursul acesteia, de la concepție până dincolo de moarte persoanele dreptul familiei, dreptul succesoral, drepturile patrimoniale și nepatrimoniale, obligații și contracte, dar și elemente de publicitate imobiliară și de drept internațional privat – sunt îmbinate armonios.

Actualul Cod civil permite libertatea stabilirii raporturilor patrimoniale dintre soți. Revenirea la regimul de pluralitate a regimurilor matrimoniale alături de posibilitatea divorțului pe cale amiabilă constatată de către notarul public sau ofițerul de stare civilă reprezintă exemplele cele mai pregnante pentru ilustrarea reformei importante la care a fost supusă viața de familie prin noul cod²⁷.

Căsătoria

Generatoarea relațiilor de familie este căsătoria a cărei definire este controversată (instituție, contract, instituție-contractuală?). Legiuitorul a preferat sintagma „uniune liber-consimțită”²⁸. Ea are ca efect drepturi și îndatoriri consacrate legislativ. Între îndatoriri sunt respectul, fidelitatea, sprijinul moral (art. 309 C. civ.). Este însă, limitată, datoria soților de a locui împreună.

Locuința comună „*nu este esența căsătoriei*”²⁹, art. 308 C. civ. arată că soții hotărăsc de comun acord în ceea ce privește căsătoria. Obligația de a locui împreună nu se poate realiza prin niciun fel constrângere, numai prin convingere, prin consimțământ liber, cum se realizează și căsătoria. Considerăm că și principiul libertății justifică această soluție.

Îndatoririle și drepturile sunt guvernate de principiile codeciziei (art. 308 C. civ.), al independenței soților (conform art. 310 C. civ., secretul corespondenței, relațiile sociale, profesie), respectarea numelui convenit la încheierea căsătoriei (art. 311 C. civ.).

În afara drepturilor și obligațiilor de natură personală dintre soți, căsătoria generează și o multitudine de drepturi și obligații pecuniare, desemnate prin sintagma „*regim matrimonial*”³⁰.

În privința căsătoriei, dorim să semnalăm un singur impediment din cele prevăzute în Codul civil, și anume, lipsa diferenței de sex. Art. 277 alin. 1 C. civ. interzice mariajul între persoane de același sex (permis în Franța, Olanda, Belgia, Spania...). În aceste state, generează aceleași efecte ca și orice altă căsătorie, mai puțin dreptul de a adopta un copil.

²⁶ Aristotel Ștefania, *Lucrare de disertație. Regimuri matrimoniale. Încetarea și lichidarea regimului matrimonial la desfacerea căsătoriei prin divorț*, Universitatea din București, Facultatea de Drept, București, 2015.

²⁷ Mihail Eliescu, *Transmisiunea și împărțirea moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1966.

²⁸ Art. 259 C. civ.

²⁹ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a VIII-a, Ed. Universul Juridic, București, 2006.

³⁰ E. Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. 6, Ed. C.H. Beck.

Reglementările total diferite din legislațiile naționale generează situații dificile din punctul de vedere al dreptului internațional privat. În majoritatea statelor europene, s-a instituționalizat și parteneriatul civil („parteneriate înregistrate”)³¹, în vederea organizării comunităților de viață între persoane majore de sex diferit sau același sex. În legea română, această formulă neoconjugală nu are valoare juridică. Sunt însă numeroși autori care consideră acest fapt ca fiind în contradicție cu art. 8 și art. 14 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, încălcând protecția europeană a dreptului la viața familială și dispozițiile privind libera circulație pe teritoriul României a cetățenilor din statele membre UE³².

Principiul diferenței de sex este confirmat și din alte prevederi ale Codului nostru civil, art. 259 alin. 1 și 2 „Căsătoria este uniunea liber consimțită între un bărbat și o femeie...”, „Bărbatul și femeia au dreptul de a se căsători în scopul de a întemeia o familie”, art. 271 C. civ. „Căsătoria se încheie între bărbat și femeie...”, art. 266 alin. 5 „Logodna se poate încheia doar între bărbat și femeie”.

Regimuri matrimoniale

Relațiile patrimoniale dintre soți, dintre aceștia și terțe persoane, se reflectă în sintagma „de regim matrimonial”.

Din perspectivă istorică, regimurile matrimoniale s-au modificat de la separația de patrimonii din epoca burgheză (cu posibilități de încheiere de convenții cvasiabsolute, îngrădite de interesul de a nu vătăma drepturile bărbatului și ordinea publică, – regimul dotal fiind o obligație morală pentru protecția femeii) la tranziția către regimul „*legal unic imperativ și imuabil*”³³, al comunității de bunuri legiferat în primul cod al familiei, devenit ulterior inflexibil și anacronic, și ulterior, în urma schimbărilor petrecute în anul 1989, a fost facilitată apariția actualului Cod civil și diversificarea regimurilor matrimoniale, de data aceasta, bazate pe egalitatea promovată de Constituție între bărbat și femeie.

Actuala reglementare restaurează principiul libertății **convențiilor matrimoniale**, regimul de drept comun fiind cel al comunității legale. Regimul matrimonial este convențional sau legal.

O noutate a prezentului cod este faptul că, pe parcursul căsătoriei, în funcție de interesele soților, regimul poate fi modificat, cu respectarea formelor de publicitate.

Aceste formalități se realizează prin înscrierea în registrul național notarial al regimurilor matrimoniale (RNNRM) și în alte registre de publicitate prevăzute de art. 387, art. 291, art. 334 C. civ. Practic, înainte de oficierea căsătoriei, viitorii soți pot alege regimul matrimonial și în fața notarului, în formă autentică, **convenția matrimonială**, pe care o pot modifica ulterior total sau parțial. În același sens, se pot face și declarații directe, în fața ofițerului stării civile, care este obligat să consemneze regimul ales. În cazul în care s-a optat pentru un regim convențional matrimonial, convenția se autentifică de notarul public pentru a se menționa pe actul de căsătorie, acesta trebuie prezentat notarului care va comunica la RNNRM regimul matrimonial ales.

În cazul în care căsătoria se încheie în străinătate sau pe un vapor, reprezentanțele consulare și diplomatice sau comandantul navei au atribuții de oficiere și obligația comunicării actului de căsătorie și a regimului convenit către Oficiul Stării Civile al Primăriei Sector 1 București și către RNNRM. În cazul în care soții nu convin asupra unui regim și nu prezintă o convenție matrimonială autenticată, se înscrie automat regimul comunității.

Regimul matrimonial este guvernat de principiul egalității în drepturi și obligații al soților, generat de principiul constituțional din art. 48 alin. 1, al egalității între sexe, principiul libertății alegerii regimului matrimonial, principiul mutabilității și al accesorialității față de momentul căsătoriei.

Prin alegerea unui regim se stabilesc, pe timp de pace, eventualele soluții și abordarea pe care părțile o vor urma în caz de divorț.

Divorțul – despărțirea (fr. divorce, lat. Divortium)

S-a trecut de la reglementarea din Codul familiei foarte nepermisivă în această privință la o formă liberă a condițiilor de acceptare a divorțului – potrivit principiului libertății contractuale.

Un aspect de noutate al Codului civil îl constituie divorțul pe cale notarială și prin ofițerul de stare civilă. Notarul poate desface căsătoria și în cazul în care părțile în consens au și copii minori, respectând procedura anchetei psiho-sociale, ofițerul de stare civilă poate desface numai căsătoria fără copii minori.

Filiația în cazul reproducerii umane asistate medical (RUAM), cu terț donator

Dorința omului de a avea urmași și progresul științei medicale a generat nașterea acestui aspect juridic. Tehnicile RUAM vor face obiectul unei legi speciale, iar noul Cod civil reglementează regimul juridic al filiației copilului conceput în aceste condiții. Prin aceasta, se ajunge la situația unei posibile implicării a trei mame sau trei tați, independent de abordarea juridică. Nu se poate stabili nicio legătură între copil și terț donator, fiind reglementată și

³¹ Regulamentul (UE) 2016/1104 al Consiliului 24.06.2016 de punere în aplicare a unei cooperări consolidate în domeniul competenței, al legii aplicabile și al recunoașterii și executării hotărârilor judecătorești în materia efectelor patrimoniale ale parteneriatelor înregistrate.

³² E. Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. 6, Ed. C.H. Beck, p. 46.

³³ E. Florian, *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. 6, Ed. C.H. Beck, p. 119.

confidențialitatea acestei proceduri. În materie, reglementările noastre sunt preluate din dreptul francez. Legiuitorul român indică expres faptul că pentru a beneficia de RUAM, cuplul căsătorit trebuie să fie de sex diferit.

Personal, consider că toată această reglementare vizează numai satisfacerea unei dorințe de urmași a unor oameni cărora li s-a interzis de la natură a procrea liber, fără să aibe în vedere drepturile și interesele psihologice profunde ale copilului, care sunt ignorate total, din perspectiva dezvoltării și nevoilor sale viitoare.

*

Încheiem lucrarea cu o propunere de lege ferenda de inserare ca libertate, obligație, altfel și drept, a iubirii necondiționate în relațiile dintre soți, de altfel cum spunea Marin Preda, inspirat din apostoli, în relațiile interumane și mai ales, în relațiile de familie: „Dacă dragoste nu e, nimic nu e”. Încheierea noastră nu reprezintă o concluzie a lucrării. Este o licență pe care ne-o permitem având în vedere interdisciplinaritatea legitimă în contextul complexității fenomenului „relații de familie”, ea, însă, derivă din opinia personală în contextul art. 2 din fostul Cod al familiei, care preciza afecțiunea și prietenia pe care trebuie să se bazeze relațiile de familie. Această abordare este conformă cu realitatea obiectivă, care implică și transcende sfera juridicului într-o perspectivă interdisciplinară realistă.

MODALITĂȚI DE EXERCITARE A DREPTULUI DE OPȚIUNE MATRIMONIALĂ

Modalities for The Exercise of The Matrimonial Option Right

Silvia IOSA*

Rezumat: *Exercitarea dreptului de opțiune matrimonială cunoaște, în principal, două modalități, după cum se manifestă anterior sau ulterior momentului încheierii căsătoriei. Astfel, înainte de încheierea căsătoriei, vorbim despre alegerea regimului matrimonial inițial – susceptibilă de modificare sau înlocuire până la data completării declarației de căsătorie – iar după expirarea termenului de 1 an de la încheierea căsătoriei, soții pot opta să modifice limitele regimului matrimonial desemnat la momentul încheierii căsătoriei ori să înlocuiască regimul matrimonial ales inițial, cu un altul.*

Lato sensu, dreptul de opțiune matrimonială cunoaște și modalități de exercitare subsidiare, care se manifestă chiar în cadrul „regimului primar” și respectiv în cadrul fiecărui regim matrimonial ales și despre acestea vom vorbi în cele ce urmează.

Cuvinte-cheie: *drept de opțiune matrimonială, modalități, regimuri matrimoniale*

Abstract: *The right to matrimonial option is exercised mainly in two ways, as it occurs before or after the moment of marriage. Thus, before the marriage is concluded, we are talking about the choice of the first matrimonial regime – susceptible to change or replacement until the date of completing the marriage declaration – and after the expiration of the 1 year term after marriage, spouses can opt to change the limits of the matrimonial regime designated at the time marriage or to replace the marital regime initially chosen with another.*

Lato sensu, the right to a matrimonial option knows also ways of exercising subsidiary, which manifest itself in the „primary regime” and respectively inside each chosen matrimonial regime, and we will talk about it in the following.

Keywords: *the right to matrimonial option, matrimonial regimes*

Dreptul de opțiune matrimonială nu este definit de legiuitor, însă potrivit dispozițiilor art. 329 C. civ., acesta reprezintă dreptul subiectiv pur și simplu, indivizibil, imprescriptibil, subordonat principiului autonomiei de voință și incesibil, care conferă titularului său facultatea de a opta pentru unul dintre regimurile matrimoniale prevăzute de lege.

Acest drept de opțiune în materie matrimonială, a renăscut odată cu reformarea instituției căsătoriei prin dispozițiile Codului civil intrat în vigoare în anul 2011 și este particularizat prin aceea că este strâns legat de noțiunea de regim matrimonial și se manifestă ca o facultate de a alege unul dintre cele trei regimuri matrimoniale „oferite” de legiuitor.

Exercitarea dreptului de opțiune matrimonială cunoaște, în principal, două modalități, după cum se manifestă anterior sau ulterior momentului încheierii căsătoriei. Astfel, înainte de încheierea căsătoriei, vorbim despre alegerea regimului matrimonial inițial – susceptibilă de modificare sau înlocuire până la data completării declarației de căsătorie – iar după expirarea termenului de 1 an de la încheierea căsătoriei, soții pot opta să modifice limitele regimului matrimonial desemnat la momentul încheierii căsătoriei ori să înlocuiască regimul matrimonial ales inițial, cu un altul.

Pornind de la ideea că patrimoniul fiecărei persoane este alcătuit din „două specii”¹ de drepturi, distincte, drepturi reale și drepturi personale, se remarcă faptul că dreptul subiectiv de opțiune, care, în termeni generali exprimă posibilitatea de a alege între cel puțin două alternative se include în categoria drepturi personale.

Astfel, *lato sensu*, dreptul de opțiune matrimonială cunoaște și modalități de exercitare subsidiare, care se manifestă chiar în cadrul „regimului primar” și respectiv în cadrul fiecărui regim matrimonial ales și despre acestea vom vorbi în cele ce urmează.

Exercitarea dreptului de opțiune matrimonială în cadrul „regimului primar”

Un regim matrimonial complet este compus din regulile de bază, „primare”, comune, la care se adaugă normele, pentru care părțile optează în baza dreptului de opțiune matrimonială, specifice regimului matrimonial ales. În acest sens, în doctrină s-a exprimat opinia conform căreia „regimul primar imperativ este un regim incomplet, fragmentat,

* Judecător; Asist. univ. asociat, Universitatea „1 Decembrie 1918” Alba Iulia; e-mail: silvia.iosa@just.ro.

¹ L. Rigaud, *Le droit réel; histoire et théories; son origine institutionnelle*, teză Tououse, 1912, *apud* P. Malaurie, L. Aynés, *Drept civil. Bunurile*, traducere D. Dănișor, București, Ed. Wolters Kluwer, 2013, p. 83.

care reglementează numai anumite aspecte ale raporturilor patrimoniale dintre soți, considerate de legiuitor ca fiind esențiale”².

Chiar dacă setul de norme comune care compun „regimul primar” este obligatoriu a fi acceptat de soți, se observă că dreptul de opțiune matrimonială nu este lipsit de conținut în raport cu acestea. Spre exemplu, în cazul în care se desemnează o „locuință conjugală”, alegerea acesteia este rezultatul voinței comune a soților și în plus, dacă unul din soți este proprietar exclusiv al imobilului – care poate fi bun propriu dobândit anterior încheierii căsătoriei ori un bun dobândit în timpul căsătoriei sub regimul separației de bunuri – poate opta ca bunul său să devină „locuința familiei”, acceptând astfel, benevol, aplicarea regulii cogestiunii³ cu privire la acest bun și, implicit, limitarea dreptului său de dispoziție ca atribut al dreptului de proprietate.

Atributul de „locuință a familiei” imprimat de soți imobilului în care membri familiei conviețuiesc, poate deveni opozabil terților, prin notarea sa în cartea funciară, oricare dintre soți având dreptul de a solicita îndeplinirea acestei formalități de publicitate.

Această valență aparținând imobilului locuință comună, poate fi transferată succesiv, pe parcursul derulării căsătoriei, de la un imobil la altul, acordul soților în acest sens fiind, deci, expresia exercitării dreptului de opțiune matrimonială în cadrul „regimului primar”.

În cadrul aceluiași „regim primar”, dreptul de opțiune matrimonială se poate exercita și în ceea ce privește întinderea obligației de contribuție la cheltuielile căsătoriei. Codul civil instituie obligația soților de a contribui la cheltuielile căsătoriei, fără a defini în concret această noțiune. Doctrina a opinat că legiuitorul a reunit în sfera noțiunii de cheltuieli ale căsătoriei fie două obligații, cea de sprijin moral reciproc și cea de contribuție la cheltuielile căsătoriei⁴, fie trei obligații, respectiv obligația de contribuție la cheltuielile aferente traiului în comun, obligația de întreținere a copiilor minori și obligația de întreținere între soți⁵.

Potrivit art. 325 alin. 2 C. civ., prin convenție matrimonială soții pot determina întinderea obligației de contribuție la cheltuielile căsătoriei ce incumbă fiecăruia dintre ei. Această obligație se regăsește în mod obligatoriu în sarcina fiecăruia, iar dreptul de opțiune matrimonială conferă soților facultatea de a stabili o contribuție egală sau inegală la acoperirea acestor cheltuieli, în limitele impuse de alineatul 3 al aceluiași articol.

Cu alte cuvinte, soții pot trece peste criteriul „mijloacelor” de care dispune fiecare soț și pot conveni o contribuție mai mult sau mai puțin diferențiată, exclusă fiind o înțelegere conform căreia contribuția unuia dintre soți este exclusivă fără vreun aport din partea celuilalt.

Apoi, dreptul de opțiune matrimonială conferă soților posibilitatea de a determina componenta variabilă a sferei noțiunii de cheltuieli ale căsătoriei, căci această noțiune include o variabilă care diferă de la o familie la alta, în funcție de educația și de nivelul de trai al familiei. Astfel, pe lângă cheltuielile absolut necesare privind întreținerea zilnică a membrilor familiei și a locuinței sau locuințelor comune, după caz și a celor privind educarea copiilor, soții pot include în rândul cheltuielilor căsătoriei sume fixe, globale sau periodice destinate „investițiilor voluptuării” privind, spre exemplu, amenajarea unei case de vacanță ori cheltuielilor de agrement sau altor tipuri de cheltuieli, care sunt utile, însă nu sunt necesare absolut derulării oricărei căsătoriei.

Așadar, soții pot opta să extindă prin convenție matrimonială sfera noțiunii de cheltuieli ale căsătoriei ori să o restrângă până la limita impusă de scopul legii, acela de a se asigura protecția necesarului cotidian, fără de care familia obișnuită nu ar putea funcționa firesc.

În ceea ce privește *autonomia profesională*, este cert că principiul egalității depline a soților a determinat și regula potrivit căreia fiecare soț este liber să opteze pentru profesia pe care dorește să o exercite. Această libertate nu poate fi limitată convențional, chiar dacă alegerea profesiei de către unul din soți are efecte secundare și asupra raporturilor de familie și nici judiciar, nefiind admisibilă interzicerea exercitării unei profesii de către unul dintre soți, la cererea celuilalt soț⁶.

Într-o opinie diferită, s-a apreciat că dreptul soțului de a-și alege singur profesia trebuie corelat cu principiul codeciziei în tot ceea ce privește căsnicia, principiu enunțat de dispozițiile art. 308 C. civ., prin recunoașterea unui *drept de veto* celuilalt soț⁷, numai că alegerea profesiei este, prin natura sa, o decizie privitoare la raportul de muncă și la cariera individuală, iar nu la căsnicie, astfel că o astfel de corelare s-ar impune, numai dacă alegerea unei profesii ar pune în pericol interesele familiei. În astfel de situații, doctrina franceză a identificat posibilitatea interzicerii provizorii a exercitării unei profesii determinate, pe cale judiciară⁸, în timp ce statul belgian chiar a legiferat o astfel de posibilitate⁹.

² M. Avram, *op. cit.*, p. 209.

³ P. Vasilescu, *op. cit.*, p. 40.

⁴ Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a 7-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 71.

⁵ M. Avram, *Drept civil. Familia*, ed. a 2-a revăzută și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 224.

⁶ M. Avram, *op. cit.*, p. 226.

⁷ E. Florian, *op. cit.*, p. 45.

⁸ A. Colomer, *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 2000, p. 82, *apud* Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *op. cit.*, p. 75.

⁹ Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *op. cit.*, p. 75.

Un aspect care a generat o întrebare cu răspunsuri contradictorii este cel privind caracterul juridic al veniturilor obținute din exercitarea unei profesii. Pentru a oferi un răspuns acestei întrebări, vin în concurs dispozițiile art. 327 și cele ale art. 341 C. civ., căci ambele reguli vizează acest tip de venituri.

Astfel, dacă regula generală, comună tuturor regimurilor matrimoniale, exprimată de art. 327 C. civ. afirmă răspicat libertatea fiecărui soț de a dispune de veniturile încasate din exercitarea profesiei, în condițiile legii, regula specifică regimului comunității legale exprimată de art. 341 din același cod, sugerează obligativitatea deciziei comune a soților cu privire la dispoziția asupra veniturilor obținute de oricare din soți din exercitarea profesiei, cel puțin pentru situația în care veniturile din muncă sunt identice cu cele încasate din exercitarea profesiei, deoarece aceste venituri prezintă regimul juridic al bunului comun, cu toate consecințele care decurg de aici.

Unii autori au apreciat că există un „concurs” între cele două reglementări, pe care l-au rezolvat în favoarea regulii general obligatorii, potrivit căreia soțul are liberă dispoziție asupra veniturilor obținute din exercitarea profesiei¹⁰. Într-o altă opinie se distinge între venituri obținute din exercitarea profesiei și salariu și se afirmă că natura juridică a salariului depinde de regimul matrimonial, în timp ce dreptul soțului titular de a dispune de veniturile din muncă, în care se includ toate veniturile încasate – salariu, indemnizații, prime, compensații, drepturi de autor etc. – nu poate fi anihilat ori limitat prin convenție matrimonială¹¹.

O a treia opinie exprimată în doctrină afirmă că dreptul de liberă dispoziție este reglementat de o normă generală – art. 327 C. civ., în timp ce dispozițiile art. 341 C. civ. privind regimul comunității legale reprezintă o normă specială în raport cu cea dintâi, însă, pentru faptul că în cadrul regimului matrimonial, dreptul de dispoziție nu este legat de dreptul de proprietate, dreptul la liberă dispoziție este aplicabil, cu condiția îndeplinirii prealabile a obligației de plată a contribuției la cheltuielile căsătoriei¹².

Interpretând strict literal cele două texte de lege, se observă că există o distincție între sintagmele *venituri obținute din profesie* și *venituri obținute din muncă*, întrucât există o diferență și între noțiunile de profesie și ocupație. Astfel, termenul *profesiune* sau profesie se definește ca fiind „îndeletnicirea cu caracter permanent, pe care o exercită cineva în baza unei calificări corespunzătoare”. Aceasta presupune „un complex de cunoștințe teoretice și de deprinderi practice care definesc pregătirea cuiva”¹³. Termenul de *ocupație* desemnează o „îndeletnicire, treabă, activitate”¹⁴, ce poate fi prestată în lipsa unei calificări. Aceasta înseamnă că veniturile obținute din muncă, pot avea ca sursă prestarea oricărei activități, spre deosebire de veniturile din profesie, care pot avea ca sursă numai exercitarea unei profesii.

Într-o astfel de interpretare, există, teoretic, posibilitatea ca unul dintre soți să obțină ambele categorii de venituri, ceea ce ar însemna că va putea dispune, liber de veniturile obținute din profesie, în temeiul art. 327 din Codul civil și împreună cu celălalt soț, în temeiul art. 341 din Codul civil, dacă soților le este aplicabil regimul comunității legale.

Ce se întâmplă, însă, în cazul în care veniturile obținute din exercitarea profesiei sunt în același timp și veniturile din muncă ale acestui soț ?

Într-o astfel de situație, considerăm că interpretarea care trebuie dată celor două texte legale mai sus menționate este aceea că soțul este liber să dispună de veniturile încasate din exercitarea profesiei în condițiile regimului matrimonial ales. Sintagma *în condițiile legii*, din cuprinsul art. 327 C. civ. vizează legea aleasă de părți prin exercitarea dreptului de opțiune matrimonială cu ocazia alegerii regimului matrimonial, soții sau viitorii soți alegând astfel, regulile aplicabile raporturilor lor patrimoniale rezultate din căsătorie.

Cum dispozițiile art. 341 C. civ. stipulează că veniturile din muncă sunt bunuri comune, exercitarea dreptului de dispoziție asupra acestora se va realiza prin acordul soților, dreptul de dispoziție fiind prin natura sa, un dezmembrământ al dreptului de proprietate.

Apreciem că nu există un concurs între o normă generală și o normă specială, deoarece, așa cum am arătat mai devreme, un regim matrimonial complet include atât regulile generale obligatorii ale „regimului primar”, cât și regulile specifice sau particulare ale regimului matrimonial ales, cele două categorii de norme nefiind contradictorii, ci complementare. Dacă nu ar fi așa, în situația analizată, ne-am afla în prezența unui regim matrimonial guvernat de două reguli ireconciliabile, contrar intenției legiuitorului.

Așadar, dreptul de liberă dispoziție asupra veniturilor încasate din exercitarea profesiei se exercită conform legii care guvernează caracterul de bun comun sau propriu, „lege” care se regăsește în regimul matrimonial ales de soți.

Exercitarea dreptului de opțiune matrimonială în cadrul regimurilor comunitare

Legiuitorul român contemporan a menținut unul dintre elementele esențiale ale teoriei personaliste asupra patrimoniului, respectiv unicitatea patrimoniului, stipulând că orice persoană fizică sau persoană juridică este titulară a unui patrimoniu.

¹⁰ C. Nicolescu, comentariu art. 327, în Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 348.

¹¹ M. Avram, *op. cit.*, p. 227.

¹² Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *op. cit.*, p. 75.

¹³ *Dicționarul explicativ al limbii române*, Ed. Academiei Republicii Socialiste România, București, 1975, p. 749.

¹⁴ *Ibidem*, p. 620.

Potrivit art. 31 alin. 1 și 2 C. civ. patrimoniul este alcătuit din drepturile și obligațiile ce pot fi evaluate în bani și aparțin persoanei fizice sau persoanei juridice și poate face obiectul unei diviziuni sau unei afectări în cazurile și condițiile prevăzute de lege.

Unul dintre cazurile prevăzute de lege în care patrimoniul persoanei fizice este divizat, îl constituie situația încheierii căsătoriei și alegerea regimului matrimonial. Faptul desemnării regimului matrimonial aplicabil căsătoriei, determină modificări distincte asupra patrimoniului fiecărui soț, sub forma diviziunii și afectării, în funcție de tipul de regim matrimonial ales.

În mod cert, indiferent de regimul matrimonial desemnat, în patrimoniul persoanei fizice căsătorite se naște, odată cu încheierea căsătoriei, o nouă masă patrimonială, care include, în mod absolut, dreptul patrimonial rezultat din încheierea oricărui act juridic în calitate de persoană căsătorită și obligația corelativă de suportare a cheltuielilor căsătoriei.

În doctrină s-a arătat că „masele patrimoniale nu pot lua naștere decât în virtutea unei afectări recunoscute și reglementate”¹⁵, astfel că masa bunurilor comune aparținând unei persoane căsătorite este o masă de afectare, fiind destinată satisfacerii scopurilor căsătoriei¹⁶.

Cu alte cuvinte, numai atunci când două patrimonii „se căsătoresc”, afectarea bunurilor comune fiind recunoscută și reglementată de legiuitor, ia naștere „patrimoniul de afectare dedicat căsătoriei”. Acest patrimoniu de afectare, deși nu este un patrimoniu distinct, căci familia rezultată din căsătorie nu este o persoană juridică distinctă, prezintă o structură dihotomică, aidoma unui patrimoniu veritabil, compusă din activ și pasiv patrimonial și se regăsește identic, în patrimoniul fiecăruia dintre cei doi soți.

Astfel, dacă soții optează pentru regimul comunității legale, atunci patrimoniul fiecărui soț se va diviza de drept în masa bunurilor comune și masa bunurilor proprii, independent de manifestarea vreunei opțiuni din partea unuia sau a altuia dintre soți, dispozițiile art. 339 și 340 C. civ., aplicându-se în mod direct. În patrimoniul soțului va lua naștere, prin efectul legii, o nouă masă de bunuri, aceea a bunurilor comune, care va fi identică cu masa bunurilor comune din patrimoniul soției. În doctrină s-a exprimat ideea potrivit căreia „comunitatea legală se caracterizează prin existența a două patrimonii și a trei mase de bunuri”¹⁷, respectiv cele două mase de bunuri proprii, la care se adaugă masa bunurilor comune devălmășe.

Masa bunurilor comune se compune din totalitatea bunurilor dobândite de oricare dintre cei doi soți, în perioada în care acest regim este aplicabil și care nu fac parte din categoria bunurilor proprii. Regimul juridic al acestor bunuri este acela al devălmășiei, noțiunea având aceeași semnificație ca și cea reglementată de Codul al familiei, în sensul că nici unul dintre soți nu are cota-parte determinată din dreptul de proprietate asupra bunului.

Cu toate acestea, se remarcă existența în doctrină a teoriei potrivit căreia, dacă soții optează ca un bun inclus de drept în masa bunurilor comune să fie destinat exercitării profesiei unuia dintre soți, ori a ambilor soți, acel bun va deveni definitiv bunul propriu al soțului care îl utilizează pentru a-și exercita profesia ori, după caz, bun propriu aflat în coproprietate pe cote părți, în cazul în care este utilizat de ambii soți pentru exercitarea profesiei comune. În această opinie, bunul este propriu datorită destinației sale, conform dispozițiilor art. 340 lit. c) C. civ. și continuă să rămână propriu chiar și la încetarea exercitării profesiei căreia i-a fost destinat¹⁸.

Ideea că bunurile de uz profesional sunt bunuri proprii, indiferent cu ce mijloace au fost asigurate, a fost argumentată prin corelarea cu dispozițiile art. 327 C. civ., care afirmă principiul independenței profesionale a fiecăruia dintre soți¹⁹.

S-a opinat, de asemenea, că masa patrimonială afectată exercitării profesiei constituită de o persoană fizică căsătorită are natura juridică a bunului propriu, conform art. 340 lit. c) C. civ., urmând ca lichidarea acesteia să se realizeze conform regulilor prevăzute de art. 1941-1948 C. civ. privind lichidarea societății, deci prin restituirea bunului în natură masei bunurilor de unde a provenit, cu mențiunea că în situația în care vin în concurs dispozițiile legale privind lichidarea regimului matrimonial și lichidarea patrimoniului de afectare, prioritare sunt regulile speciale care reglementează lichidarea regimului matrimonial²⁰.

Într-o altă opinie s-a exprimat ideea conform căreia, un bun care face parte din masa bunurilor comune poate fi inclus prin acordul soților în masa de afectare profesională a unuia dintre soți, fără ca schimbarea destinației bunului să determine, schimbarea calității bunului din bun comun în bun propriu.

Altfel spus, nu va opera implicit un transfer al bunului din masa bunurilor comune în masa bunurilor destinate exercitării profesiei unuia dintre soți, așa încât „patrimoniul de afectare” ar putea include atât bunuri comune, cât și

¹⁵ I. Sferdian, *Observații asupra includerii unui bun în masa de afectare profesională a soțului care exercită o profesie autorizată*, articol publicat la data de 19.06.2016, universul juridic www.universuljuridic.ro, p. 1.

¹⁶ I. Sferdian, *Drept civil. Drepturile reale principale*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 21, *apud* I. Sferdian, *op. cit.*, p. 1.

¹⁷ M. Avram, *op. cit.*, p. 175.

¹⁸ M. Avram, *op. cit.*, p. 261. În același sens, a se vedea și Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a 7-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 99.

¹⁹ E. Florian, *Regimuri matrimoniale*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 104.

²⁰ T. Bodoașcă, A. Drăghici, A. Puie, I. Maftei, *op. cit.*, p. 183.

bunuri proprii, cum se întâmplă atunci când, spre exemplu, soții consimt a fi cedat în favoarea masei de afectare profesională a unuia din soți numai dreptul de folosință, iar nu și dreptul de proprietate.

Sub acest aspect, s-a apreciat a fi necesară indicarea de către soțul neprofesionist a limitelor afectării bunului comun, cu ocazia exprimării consimțământului.

În ceea ce privește aplicabilitatea dispozițiilor art. 340 lit. c) C. civ., potrivit căruia *bunurile destinate exercitării profesiei unuia dintre soți sunt bunuri proprii ale acestuia*, autorul acestei opinii este de părere că textul de lege menționat este incident numai situației în care soțul care exercită profesia nu a constituit o masă de afectare profesională²¹, prin manifestarea expresă de voință în acest sens, în forma scrisă, cu respectarea condițiilor de fond și de formă prescrise de lege, întrucât, o masă patrimonială de afectare nu se constituie de drept²².

Aceasta înseamnă, spre exemplu, că numai dacă soțul și soția convin ca un autoturism ce figurează în masa bunurilor lor comune, să fie destinat exercitării profesiei de numai de către unul dintre soți, iar acesta nu a constituit un patrimoniu de afectare profesional, autoturismul devine bun propriu, aplicându-se în acest caz dispozițiile art. 340 lit. c) din Codul civil, în timp ce, *per a contrario*, dacă patrimoniul de afectare a fost legal constituit, bunul păstrează calitatea de bun comun, operând numai o modificare temporară a regimului juridic al acestui bun, pe durata afectării. În această variantă, bunul nu este supus operațiunii juridice a lichidării patrimoniului de afectare, ci revine în masa bunurilor comune, la încetarea afectării.

Se observă că în sfera noțiunii de *bun propriu* reglementată de dispozițiile art. 340 lit. c) C. civ. se includ toate bunurile care îndeplinesc condiția de a fi destinate exercitării profesiei unuia dintre soți și care, desigur nu se regăsesc într-un fond de comerț inclus în masa bunurilor comune.

Legiuitorul nu distinge, după cum soțul profesionist a constituit sau nu un patrimoniu de afectare special, așa încât s-ar putea concluziona că există doar două condiții impuse de dispozițiile art. 340 lit. c) C. civ. pentru ca un bun să fie considerat propriu, una pozitivă și una negativă, respectiv: bunul să fie destinat exercitării profesiei unuia dintre soți și bunul să fie inclus într-un fond de comerț inclus în masa bunurilor comune.

Cu toate acestea, s-a dovedit că sintagma „bun destinat exercitării profesiei” este susceptibilă de interpretări doctrinare diferite atunci când bunul destinat exercitării profesiei provine din masa bunurilor comune a soților, așa încât apreciem necesară o intervenție a legiuitorului și propunem de *lege ferenda* stabilirea clară a condițiilor în care un bun este considerat a fi destinat exercitării unei profesii și, implicit, bun propriu.

Astfel, dacă legiuitorul a permis soților să exercite dreptul lor de opțiune matrimonială cu privire la schimbarea destinației bunurilor lor comune, prin acord, în temeiul art. 345 teza a II-a C. civ., un bun comun poate primi, începând cu o anumită dată, destinația de a fi utilizat numai de către unul dintre soți pentru exercitarea profesiei. Începând cu acea dată, bunul îndeplinește condiția prescrisă de dispozițiile art. 340 lit. c) C. civ. și devine bun propriu, datorită noii destinații atribuite de soții proprietari. De exemplu, un autoturism aflat în „divizia” bunuri comune, în cadrul patrimoniului fiecăruia dintre soți, destinat satisfacerii nevoilor de transport a membrilor familiei, poate primi, la un moment dat, prin acordul soților, o nouă destinație, aceea de a fi utilizat numai de către unul dintre soți pentru exercitarea profesiei.

Dacă soțul profesionist a constituit un patrimoniu de afectare profesional, în cadrul patrimoniului său, întrebarea care se pune este dacă autoturismul se va transfera din masa bunurilor comune în masa acestui patrimoniu de afectare sau nu, iar dacă nu a constituit un astfel de patrimoniu de afectare, dacă bunul va trece în masa bunurilor proprii ale soțului profesionist sau nu.

Argumentele în favoarea ideii că bunul comun devine bun propriu, odată cu stabilirea destinației exercitării profesiei, par a fi mai convingătoare. Exercițarea dreptului de opțiune matrimonială în sensul stabilirii destinației unui bun comun pentru exercitarea profesiei de către unul dintre soți, are ca efect transferarea definitivă a acelui bun din masa bunurilor comune în masa bunurilor proprii a soțului profesionist sau în patrimoniul de afectare constituit de acesta și, concomitent, apariția unui drept de creanță în patrimoniul soțului neprofesionist, în masa bunurilor proprii, corelativ cu apariția obligației de plată a soțului profesionist, în temeiul principiului neîmbogățirii fără justă cauză.

Urmând acest raționament, se apreciază că, din interpretarea *per a contrario* a dispozițiilor art. 340 lit. c) C. civ. rezultă în mod cert că în cadrul regimului comunității legale, numai dacă un bun dobândit sub imperiul acestui regim, de oricare din soți, nu este destinat exercitării profesiei unuia dintre soți, acesta nu are valența de bun propriu, ci este bun comun devălmaș al soților.

Întrucât, așa cum am arătat și mai devreme, prin intrarea în vigoare a regimului comunității legale, numărul patrimoniilor nu sporește, ci rămâne același, ambele patrimonii fiind divizate în masa bunurilor proprii și masa bunurilor comune, apreciem că dreptul de creanță corespundent contribuției soțului la dobândirea bunului „transferat”, nu înlocuiește acest bun în masa bunurilor comune, ci se naște direct în masa bunurilor proprii ale acestuia, concomitent cu apariția obligației de plată corelativă, care se naște în masa bunurilor proprii ale soțului. Aceasta întrucât, în masa bunurilor comune nu se pot regăsi decât bunuri și datorii comune și atâta vreme cât creanța este un

²¹ I. Sferdian, *op. cit.*, p. 2.

²² A. Oprea, *Observații privind patrimoniul de afectare în dreptul românesc*, în volumul conferinței *Dreptul comercial la confluența a două coduri*, coordonat de R. Bufan, R.N. Catană și L. Bercea, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 202, *apud* I. Sferdian, *op. cit.*, p. 1.

bun propriu, iar obligația de plată corelativă este o datorie proprie, acestea nu pot figura în masa bunurilor comune în locul fostului bun comun devălmaș.

În plus, valoarea totală a patrimoniului fiecăruia dintre soți nu se va modifica, deoarece sporul de valoare dobândit de patrimoniul soțului, prin creșterea valorii masei bunurilor proprii este anulat de quantumul debitului care îi incumbă, prin apariția în aceeași masă a bunurilor proprii, a obligației de plată a creanței în favoarea, astfel că nu s-ar putea pune în discuție vreo îmbogățire fără just temei.

Din punct de vedere practic, considerăm necesară evaluarea și indicarea certă a valorii bunului comun la data schimbării destinației prin acordul soților, pentru a se putea determina valoarea creanței la același moment, în situația unei eventuale lichidări a regimului matrimonial intervenită la o dată ulterioară. În concret, dacă valoarea bunului la data schimbării destinației este 1000 de unități, cota de contribuție se raportează la această valoare și se determină întinderea creanței la aceeași dată, urmând a fi actualizată la data lichidării regimului matrimonial, care se realizează conform art. 357 C. civ. În caz contrar, această operațiune ar fi anevoioasă, căci valoarea bunului a cărui destinație s-a schimbat se modifică permanent sau bunul poate chiar să dispară.

Determinarea fermă a sferei bunurilor proprii pe cale legislativă este deosebit de importantă, deoarece are implicații nu doar asupra raporturilor patrimoniale dintre soți, dar, mai cu seamă, asupra raporturilor patrimoniale care se derulează între soțul profesionist și un creditor al său, terț față de căsătorie.

Astfel, subliniem importanța cunoașterii faptului exercitării dreptului de opțiune al soțului profesionist, titular al unui patrimoniu, privind divizarea patrimoniului și constituirea masei bunurilor afectate exercițiului unei profesii autorizate de lege, deoarece dacă soțul optează pentru această divizare, atunci conturează implicit, în mod expres și limitele gajului creditorului a cărui creanță s-a născut în legătură cu profesia sa. Spre exemplu, dacă soțul a optat pentru constituirea patrimoniului de afecțiune și apoi, de comun acord cu celălalt soț a afectat un autoturism bun comun exercițiului profesiei sale autorizate de lege, acest bun devenit bun propriu, va putea fi urmărit doar de către un creditor al său, a cărui creanță s-a născut în legătură cu profesia sa, conform art. 2324 alin. 4 C. civ. Păstrarea caracterului de bun comun al unui astfel de bun pune sub semnul întrebării posibilitatea urmăririi acestuia de către creditorii ale căror creanțe s-au născut în legătură cu profesia soțului titular al patrimoniului de afecțiune în care bunul este inclus.

În situația în care soțul nu a individualizat o masă a bunurilor destinate exercitării profesiei sale, însă bunul comun este totuși destinat exercitării profesiei, atunci acest bun va constitui, cel mai probabil, garanția comună a tuturor creditorilor săi personali, conform art. 2324 alin. 1 C. civ. Dacă se apreciază, însă, că în această situație bunul se menține în masa bunurilor comune, atunci va constitui garanția comună a creditorilor soților pentru datoriile comune și nu va putea fi urmărit de creditorii personali ai soțului profesionist decât subsecvent urmăririi bunurilor care compun masa bunurilor proprii, în condițiile legii.

Dacă soții optează pentru regimul comunității legale convenționale, diviziunea fiecărui patrimoniu va putea fi extinsă sau restrânsă, în funcție de criteriul afecțiunii, pe care soții îl vor utiliza în cadrul exercitării dreptului de opțiune matrimonială privind constituirea masei bunurilor comune, în conformitate cu dispozițiile art. 367 alin. 1 lit. a) și b) C. civ.

Aceasta înseamnă că, prin convenție matrimonială vor putea opta pentru includerea în masa bunurilor comune și a altor bunuri decât cele care urmează a intra de drept în masa bunurilor comune, la intrarea în vigoare a regimului matrimonial ales, cum sunt spre exemplu bunurile proprii existente deja în patrimoniul fiecăruia ori bunurile proprii care urmează a fi dobândite, cu excepția bunurilor de uz personal și a celor destinate exercitării de către soț a unei profesii, acestea din urmă incluzându-se de drept în masa bunurilor proprii.

Prin exercitarea dreptului de opțiune matrimonială în cadrul acestui regim matrimonial, soții vor putea opta pentru restrângerea comunității utilizând criteriul afecțiunii în favoarea masei bunurilor proprii, pentru bunuri care de drept s-ar include în masa bunurilor comune.

O distincție aparte a realizat legiuitorul cu privire la bunurile destinate exercitării profesiei, pentru situația în care acestea fac parte dintr-un fond de comerț inclus în masa bunurilor comune, aceste bunuri fiind incluse, în mod excepțional, în masa bunurilor comune. Astfel, dacă soții dețin în comun un fond de comerț în care figurează cu titlu de aport un bun destinat exercitării profesiei de către unul din soți, acest bun va fi, prin excepție de la regula instituită de dispozițiile art. 340 lit. c) C. civ., bun comun.

Dreptul de opțiune matrimonială și regimul separației de bunuri

Exercitarea dreptului de opțiune matrimonială devine vizibilă în cadrul acestui tip de regim matrimonial, deoarece soții au posibilitatea de a stipula, prin convenție matrimonială, clauze privind lichidarea acestui regim matrimonial în funcție de masa bunurilor achiziționate de fiecare soț în timpul căsătoriei, în raport de care se calculează creanța de participare.

În doctrină regimul matrimonial al separației de bunuri reglementat art. 360 alin. 2 C. civ., care conține acest tip de clauze, este considerat o varietate a regimului separației de bunuri²³, fiind denumit și „regimul participării la

²³ M. Avram, *op. cit.*, p. 354.

achiziții” sau „al patrulea regim matrimonial”²⁴ sau un regim matrimonial mixt, motivat de faptul că garantează independența patrimonială a soților și asigură o repartitie echitabilă a bunurilor²⁵.

Așadar soții pot conveni ca în formula de calcul a creanței de participare, aceasta să reprezintă o altă fracție decât cea legală de $\frac{1}{2}$ ori un alt procent, baza de calcul fiind reprezentată de diferența dintre valorile maselor de achiziții nete.

În tăcerea legii, doctrina a fost cea care a conturat modalitatea în care se determină valoarea masei de achiziții nete a fiecărui soț, respectiv prin diferența dintre valoarea patrimoniului inițial și valoarea patrimoniului la data lichidării regimului separației de bunuri, existând opinii diferite în ceea ce privește bunurile a căror valoare se include la calculul valorii patrimoniului inițial.

Unii autori au opinat că deși textul legal face referire în mod expres la bunurile achiziționate de fiecare soț „în timpul căsătoriei”, în realitate valoarea acestor bunuri ar trebui inclusă la calcul numai dacă regimul separației de bunuri a fost ales ca regim matrimonial inițial, în timp ce în situația în care acest regim succede unui regim comunitar, atunci ar trebui calculată valoarea bunurilor la data intrării în vigoare a regimului separației, iar nu la data încheierii căsătoriei²⁶. În practică nu au fost identificate încă situații în care să se fi aplicat această regulă privind calculul valorii maselor de achiziții, însă, apreciem că, în lipsa unor modificări provenind de la legiuitorul însuși, la stabilirea acestor valori vor trebui incluse, în mod obligatoriu, toate bunurile achiziționate de fiecare soț pe parcursul căsătoriei.

În cadrul acestui regim al separației de bunuri, soții își vor putea exercita dreptul de opțiune matrimonială și cu privire la întocmirea inventarului bunurilor mobile proprii prevăzut de dispozițiile art. 361 alin. 1 C. civ., solicitând sau nu notarului public să întocmească acest inventar.

În lipsa întocmirii acestui inventar, va opera prezumția relativă a proprietății exclusive asupra bunului mobil în favoarea soțului posesor, legiuitorul făcând trimitere în mod expres la această prezumție legală, prin dispozițiile art. 361 alin. 4 al aceluiași text legal.

Concluzionând, dreptul de opțiune matrimonială cunoaște nu doar modalități de exercitare principale, ci și modalități de exercitare subsecvente, în cadrul fiecărui regim matrimonial.

²⁴ Al. Bacaci, V.C. Dumitrache, C.C. Hageanu, *Dreptul familiei*, ed. a 7-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 129.

²⁵ C.M. Crăciunescu, *Instituția familiei în noul Cod civil. Modificări adoptate prin Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil*, în *Pandectele săptămânale* nr. 17/2011, p. 7, *apud* D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 169.

²⁶ E. Florian, *op. cit.*, p. 177.

PACTELE COMISORII – CONSTRUCȚIE DOCTRINARĂ ȘI JURISPRUDENȚIALĂ, CONSACRATĂ LEGISLATIV ÎN NOUL COD CIVIL

Lex Commissoria Pacts – doctrinal and Jurisprudential Construction, Consacrated in The New Civil Code

Nora Andreea DAGHIE*

Rezumat: Construcția doctrinară și jurisprudențială a pactelor comisorii este, în sfârșit, consacrată și legislativ în textele noului Cod civil. Legiuitorul din 2009 a preluat și transpus în articolele 1550 alin. (2), art. 1553 NCC configurația clauzelor contractuale exprese privind rezoluțiunea contractului pentru neexecutare.

Sub imperiul Codului civil de la 1864, la prima vedere, părea că rezoluțiunea nu poate fi decât judiciară. Niciunul dintre textele vechii reglementări nu consacra expres rezoluțiunea convențională. Jurisprudența și doctrina au evidențiat însă caracterul dispozitiv al normelor cuprinse în dispozițiile art. 1021 C. civ. 1864 și, prin raportare la art. 969 C. civ. 1864, au demonstrat că părțile vor putea să stipuleze condițiile în care va opera desființarea convenției, prin acordul lor. În alte cuvinte, libertatea contractuală și reglementarea supletivă a rezoluțiunii judiciare permitea contractanților să își autoreglementeze regimul rezolvirii contractului, prin convenirea unei clauze rezolutorii, denumită ulterior de legiuitorul modern „pact comisoriu”.

Evoluția reglementării întărește incontestabil rolul creator al jurisprudenței. Nefiind o sursă de drept echivalentă legii, jurisprudența este o sursă de drept subordonată legii, ceea ce nu o împiedică să o îmbogățească. Ea generează elemente de apreciere pentru a interpreta regulile de drept sau pentru a construi, în tăcerea sau insuficiența acestor reguli, soluția unei dificultăți.

Cuvinte-cheie: lacune legislative, jurisprudență, rezoluțiune convențională, pact comisoriu

Abstract: Commissoria lex according to the doctrine and case-law has been finally laid down at legislative level in the provisions of the new Civil Code. The lawmaker of 2009 has included and transposed the structure of the express contractual clauses concerning the rescission of contracts on grounds of non-performance in Article 1550(2) and Article 1553 of the new Civil Code.

At first sight, pursuant to the Civil Code of 1864, it appeared that rescission could be undertaken only by judicial means. None of the texts of the former regulation expressly provided for the rescission of contracts. The case-law and the doctrine have, however, emphasized the operative nature of the provisions of Article 1021 of the Civil Code of 1864 and, by reference to Article 969 of the Civil Code of 1864, have proved that the parties will be able to include the conditions under which the termination of a contract will occur with the parties' agreement. In other words, the contractual freedom and the additional regulation of judicial rescission allowed contracting parties to self-adjust the system under which their contract could be terminated by agreeing on a termination clause, subsequently referred to as „commissoria lex” by the modern lawmaker.

The development of the regulation in question undisputedly strengthens the creative role of case-law. Case-law is not equivalent, but actually subject to the law, which does not prevent it from contributing to the law. It generates elements to be used in the interpretation of the legal regulations or to provide, where these regulations are silent or insufficient, a solution where a difficult matter is being examined.

Keywords: legislative gaps, case-law, rescission of contracts, commissoria lex.

Considerații introductive

Literatura de specialitate aferentă vechii sau noii reglementări a definit rezoluțiunea ca fiind o sancțiune/un remediu a(l) neexecutării culpabile (C. civ. 1864) sau „fără justificare” [art. 1.516 alin. (2) NCC] a uneia dintre obligațiile care-și servesc reciproc de cauză, izvorâtă dintr-un contract sinalagmatic (C. civ. 1864) sau nu (noul Cod civil) cu executare imediată (*uno ictu*)¹, constând în desființarea retroactivă a acestuia și repunerea părților în situația

* Conferențiar universitar doctor la Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice din cadrul Universității „Dunărea de Jos” din Galați; e-mail: nora.daghie@ugal.ro.

¹ Pentru realizarea scopului sau finalității oricărui raport juridic de obligații este necesar ca legea să pună la dispoziția creditorului mijloacele juridice cele mai eficace la care el să poată recurge pentru a-și realiza dreptul de creanță prin executarea voluntară sau silită a prestației pe care debitorul i-o datorează. În acest sens, sancțiunea obligației constă, pe de o parte, în totalitatea mijloacelor juridice ofensive și defensive pe care creditorul le poate exercita, de regulă prin intermediul forței de constrângere a statului, pentru a obține sau păstra prestația care i se datorează de către debitor și, pe de altă parte, în mijloacele juridice pe care legea le pune la îndemâna debitorului pentru a se libera de datorie, prin executarea prestației datorate, atunci când creditorul refuză sau nu poate s-o primească, iar debitorul are interes să stingă raportul obligațional prin executare; a se vedea Pop L., *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. I, *Regimul juridic general sau Ființa obligațiilor civile*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, pp. 40-46.

existentă anterior încheierii sale, fie pe cale judiciară (rezoluțiunea judiciară), la cererea părții care și-a executat obligația, prin declarația unilaterală a creditorului obligației neexecutate sau de drept, fără intervenția instanței, în cazurile prevăzute de lege sau de contract (pactele comisorii)².

Noul Cod civil reglementează trei moduri în care rezoluțiunea poate opera³:

1. pe cale judiciară, ocazie cu care instanța va efectua un control prealabil cu privire la condițiile rezoluțiunii și, dacă este cazul, va dispune rezoluțiunea; potrivit doctrinei⁴, rezoluțiunea judiciară ar trebui considerată dreptul comun.

2. prin declarația unilaterală a creditorului obligației neexecutate, reglementare cu totul nouă în dreptul nostru, detaliată în art. 1.552 NCC⁵. În acest caz, deși legea nu o prevede expres, instanța poate interveni doar ulterior, la cererea debitorului, pentru a verifica validitatea declarației unilaterale și, în lipsa unui pact comisoriu, a condițiilor rezoluțiunii.

Ceea ce este pretins creditorului, care face uz de declarația de rezoluțiune sau de reziliere, este respectarea termenului de prescripție prevăzut de lege pentru acțiunea corespunzătoare⁶ și înscrierea în cartea funciară, sau, după caz, în alte registre publice a declarației de rezoluțiune sau de reziliere, pentru opozabilitate față de terți.

3. de drept, fără intervenția instanței, în cazurile prevăzute de lege sau de contract (pactele comisorii)⁷. Deși pare că această situație este una extrem de energică, operând automat, în realitate diferențele dintre situația operării rezoluțiunii în temeiul unui pact comisoriu și în temeiul rezoluțiunii unilaterale rămânând la nivel teoretic (izvor juridic diferit), în plan concret sunt minime. Aceasta pentru că operarea „de drept” nu exclude manifestarea de voință din partea creditorului, aspect evidențiat chiar de art. 1.549 NCC, baza juridică a rezoluțiunii, care consacră expres nevoia unei alegeri a creditorului între executarea silită în natură și rezoluțiune. De asemenea, intervenția instanței va fi în ambele cazuri limitată la un control ulterior declarării rezoluțiunii, care va privi, în cazul rezoluțiunii unilaterale, validitatea actului unilateral de declarare a rezoluțiunii unilaterale și îndeplinirea condițiilor rezoluțiunii, respectiv doar validitatea actului unilateral de invocare a rezoluțiunii, în cazul pactului comisoriu.

Chiar dacă rolul pactului comisoriu a fost restrâns în mod considerabil, posibilitatea părților de a evita interpretările legate de rezoluțiune prin stipularea unor clauze speciale (pactele comisorii sau alte clauze legate de rezoluțiune) trebuie luată în seamă și este benefică pentru disciplina contractuală⁸. De exemplu, ne putem imagina o clauză: care să prevadă obligativitatea rezoluțiunii judiciare în ipoteza unei neexecutări suficient de importante; prin care părțile să determine prestațiile care pot atrage rezoluțiunea; care ar stipula că rezoluțiunea este posibilă în contracte pentru care rezoluțiunea nu este în principiu posibilă sau este posibilă numai în condiții speciale; prin care să se prevadă că rezoluțiunea nu este posibilă decât pe cale judiciară; care să stipuleze alte condiții pentru punerea în întârziere în afara celor prevăzute de cod⁹.

În concluzie, izvorul material al rezoluțiunii, în funcție de modalitățile ei de operare, este reprezentat de: hotărârea judecătorească; actul juridic unilateral de declarație a rezoluțiunii; convenția părților¹⁰ sau legea¹¹.

² A se vedea: Dogaru I., Drăghici P., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 154; Stătescu C., Bîrsan C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 88; Albu I., *Drept civil. Contractul și răspunderea contractuală*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1994, p. 130; Motica R.I., Lupan E., *Teoria generală a obligațiilor civile*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 82. „Rezoluțiunea constă în desființarea unui contract cu titlu de sancțiune, la cererea uneia dintre părți, pentru motivul că cealaltă parte nu și-a executat culpabil obligațiile sale” – Pop L., *Drept civil – Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, Ed. Fundației „Chemarea” Iași, 1996, p. 76. Pentru doctrină recentă, a se vedea: Popa C., Lisievici A., *Rezoluțiunea în Noul Cod civil (I)*, în RRDA nr. 8/2012, pp. 37 și 38; Vasilescu P., *Drept civil. Obligații*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 518-526; Pop L., Popa I.-F., Vidu S.I., *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, pp. 285-288.

³ În acest sens Daghe N., *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 81-84; Popa C., Lisievici A., *Rezoluțiunea în Noul Cod civil (I)*, loc. cit., p. 45; Gherghe A., *Rezoluțiunea, rezilierea și reducerea prestațiilor*, în Uliescu M. (coord.), *Noul Cod civil. Studii și comentarii, vol. III. Partea I. Cartea a V-a, Despre obligații (art. 1164-1649)*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, pp. 818 și urm.

⁴ Vasilescu P., *op. cit.*, p. 519.

⁵ Potrivit art. 1.552 NCC, rezoluțiunea unilaterală sau rezilierea unilaterală a contractului se poate produce prin notificarea scrisă a debitorului în trei situații: când părțile au convenit în acest mod prin clauză contractuală explicită; când debitorul se află de drept în întârziere; când debitorul nu a executat obligația sa nici în termenul fixat în punerea în întârziere.

⁶ Cu privire la termenele de prescripție extintivă, a se vedea art. 2.500-2.544 noul Cod civil.

⁷ Articolul 1550 alin. (2) noul Cod civil reglementează rezoluțiunea de drept legală (atunci când legea prevede expres că neexecutarea obligațiilor la termen atrage după sine rezoluțiunea) și rezoluțiunea de drept convențională (care operează în temeiul pactelor comisorii).

⁸ Popa I.-F., *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor în Noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 93.

⁹ Daghe N.A., *Izvoarele obligațiilor civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 167.

¹⁰ Într-o decizie de speță recentă, Înalta Curte de Casație și Justiție evidențiază argumentat importante modificări pe care le aduce noul Cod civil în ceea ce privește regimul juridic și modul de operare al rezoluțiunii. Astfel, „prin art. 1550 C. civ. nu se mai instituie obligativitatea solicitării rezoluțiunii pe cale judiciară, rezoluțiunea convențională devenind regula. În acest sens, se constată că, în conformitate cu acest articol, rezoluțiunea poate fi dispusă de instanță, la cerere, sau, după caz, poate fi declarată unilateral de către partea îndreptățită, iar în cazurile anume prevăzute de lege sau dacă părțile au convenit astfel, rezoluțiunea poate opera de plin drept.

Din modul de redactare a acestui text de lege rezultă că legiuitorul a înțeles să reglementeze rezoluțiunea prin norme dispozitive de la care părțile pot deroga, contrar reglementării anterioare, când rezoluțiunea judiciară era obligatorie în lipsa existenței în contracte a pactelor comisorii de gradul IV.

Rezoluțiunea convențională în Codul civil de la 1864

În Codul civil de la 1864, legiuitorul român nu a reglementat regimul clauzelor rezolutorii exprese, în consecință, legea nu impune anumite formule exprese pentru existența valabilă a pactului comisoriu. Cu toate acestea, având în vedere consecințele lor asupra ființei contractelor, pactele comisorii exprese sunt interpretate restrictiv și cu o mare severitate în practica judiciară¹². De aceea, intenția părților de a stipula un asemenea pact trebuie să rezulte fără echivoc din cuprinsul înscrisului.

Pe baza jurisprudenței¹³, doctrina a conturat următoarea tipologie a pactelor comisorii exprese, în funcție de intensitatea efectelor pe care le produc¹⁴:

- *Pactul comisoriu conform căruia, în caz de neexecutare a contractului de către una dintre părți, contractul se desființează*

Pactul comisoriu expres de gradul I reproduce întocmai prevederile art. 1020 C. civ. 1864 și reprezintă clauza contractuală prin care părțile stipulează că, în caz de neexecutare a obligațiilor de către una dintre părți, contractul va fi rezolvit¹⁵.

Se apreciază că, în contractele sinalagmatice, clauza ar fi inutilă, deoarece rezoluțiunea este și rămâne judiciară¹⁶; practic, între rezoluțiunea convențională și cea judiciară nu există nicio deosebire¹⁷. În schimb, ea poate avea valoare și eficiență în contractele în care rezoluțiunea nu este prevăzută de lege sau este prevăzută restrictiv.

Un alt argument în favoarea caracterului dispozitiv al normelor care reglementează rezoluțiunea judiciară este acela că, în conformitate cu dispozițiile art. 1550 C. civ. raportat la art. 1552 C. civ., rezoluțiunea poate fi declarată unilateral, în condițiile prevăzute de aceste texte, respectiv prin notificare scrisă a debitorului atunci când părțile au convenit astfel, când debitorul se află de drept în întârziere ori când acesta nu a executat obligația în termenul fixat prin punerea în întârziere.

Pentru a da relevanță practică noului regim al rezoluțiunii convenționale, prin art. 1548 C. civ. a fost instituită prezumția de culpă a debitorului unei obligații contractuale, dedusă din simplul fapt al neexecutării, acesta constituind fundamentul invocării denunțării unilaterale.

Faptul că legiuitorul a prevăzut posibilitatea declarării unilaterale a rezoluțiunii contractului, independent de existența în contract a pactelor comisorii, susține în drept, cu atât mai mult, posibilitatea declarării rezoluțiunii prin acordul părților.

Din textele de lege menționate mai sus rezultă cu prisosință că în noua reglementare se dă eficiență maximă principiului disponibilității în materia rezoluțiunii, părțile putând constata rezoluțiunea prin simplul acord de voință, fără intervenția instanței, chiar și în condițiile în care nu au stipulat un pact comisoriu în acest sens. În atare situație, în conformitate cu dispozițiile art. 1270 alin. (2) raportat la art. 1321 C. civ., contractul va înceta prin acordul părților.” – ÎCCJ, S. a II-a civ., dec. nr. 525 din 17 februarie 2015, în RRDJ nr. 6/2015, pp. 56-61.

¹¹ Zamșa C., în lucrarea colectivă *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Fl.A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei (coord.), Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 1651.

¹² Pop L., *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. II – *Contractul*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 739. Spre exemplificare, redăm în sinteză următoarea speță și considerentele deciziei pronunțate. Recurenta, în calitate de vânzătoare, și intimata, în calitate de cumpărătoare, au încheiat contractul de vânzare-cumpărare, autentificat sub nr. 4118 din 11 octombrie 2000 de notar public T.C., iar în contract era prevăzută următoarea clauză: neplata prețului de către cumpărător în termen de 30 de zile de la data scadenței, în cuantumul și condițiile prevăzute în contract, atrage rezilierea acestuia și pierderea de către cumpărător a posesiei asupra bunurilor ce formează obiectul contractului, precum și a sumelor de bani achitate, fără îndeplinirea vreunei formalități, părțile convenind că înscrisul constituie titlu executoriu. Pactele comisorii reprezintă clauze contractuale exprese privind rezoluțiunea contractului pentru neexecutare. Acestea sunt derogatorii de la art. 1021 C. civ. 1864, pentru că urmăresc să înlăture sau să reducă rolul instanței judecătorești în pronunțarea rezoluțiunii. Cuprinderea în contracte a unor pacte comisorii exprese, cu excepția celui care respectă prevederile art. 1020 C. civ. 1864, nu mai face necesară intervenția instanței în aprecierea rezoluțiunii; dacă, totuși, se apelează la instanță, aceasta va face numai verificările permise de la pactele comisorii. În această categorie sunt incluse pactele comisorii de gradul II, clauza în sensul că, dacă una dintre părți nu-și execută obligațiile, cealaltă parte este în drept să considere contractul ca desființat, de gradul III, clauza în sensul că, în caz de neexecutare a obligațiilor de către una dintre părți, contractul se consideră rezolvit deplin drept, și de gradul IV, cel mai energic pact comisoriu, în sensul că, în caz de neexecutare a obligațiilor de către una dintre părți, contractul se consideră desființat de drept, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă. S-a constatat că pactul comisoriu încheiat de către părți nu se încadrează în niciuna dintre situațiile care exclud intervenția instanței de judecată. Prin urmare, cererea formulată de către vânzătoarea-recurentă, prin care s-a solicitat radierea înscrisului în cartea funciară pe baza clauzei convenționale, al cărei conținut a fost redat și analizat de Curte mai sus, nu este întemeiată; a se vedea CAB, S. a IV-a civ., dec. nr. 1969 din 30 septembrie 2003, în Curtea de Apel București, *Practică judiciară civilă 2003-2004*, Colecția Lex Expert, Ed. Brilliance, Piatra-Neamț, 2006, p. 103.

¹³ A se vedea: CSJ, S. com., dec. nr. 4012 din 16 noiembrie 1999, în Juridica nr. 6/2000, p. 235; ÎCCJ, S. com., dec. nr. 3626 din 13 octombrie 2004, în Buletinul Casației nr. 2/2005, pp. 42-46; ÎCCJ, S. com., dec. nr. 4682 din 26 noiembrie 2003, în Dreptul nr. 3/2005, p. 260; ÎCCJ, S. civ., dec. nr. 2195 din 16 martie 2004, în Dreptul nr. 3/2005, p. 257; ÎCCJ, S. com., dec. nr. 3626 din 13 octombrie 2004, în Dreptul nr. 11/2005, p. 267; ÎCCJ, S. civ. și de propr. int., dec. nr. 5524 din 8 octombrie 2004, în Buletinul Casației nr. 2/2005, pp. 29 și 30; ÎCCJ, S. civ. și de propr. int., dec. nr. 5770 din 21 octombrie 2004, în Dreptul nr. 2/2006, pp. 261 și 262; ÎCCJ, S. com., dec. nr. 907 din 2 martie 2006, în Dreptul nr. 6/2007, p. 268.

¹⁴ A se vedea Petrescu R., *Din practica Tribunalului Suprem în legătură cu condiția rezolutorie și pactul comisoriu expres*, în RRD nr. 8/1974, pp. 34-37.

¹⁵ Pactul comisoriu înscris în antecontractul de vânzare-cumpărare („în cazul neîncheierii actului de vânzare-cumpărare în formă autentică până la data arătată mai sus, din culpa uneia dintre părți, cumpărătorul va pierde avansul, iar vânzătorul va restitui dublul avansului primit”) este unul de gradul I, prin care părțile nu fac decât să reitereze art. 1021 C. civ. 1864, cu consecința aplicării tuturor regulilor rezoluțiunii judiciare, ca și cum clauza nici nu ar fi fost stipulată. Ca atare, esențială rămâne verificarea îndeplinirii acestor condiții: neexecutarea contractului, neexecutarea imputabilă debitorului, punerea în întârziere a debitorului. A se vedea ÎCCJ, S. civ. și de propr. int., dec. nr. 5524 din 8 octombrie 2004, în PR nr. 3/2005, p. 37.

¹⁶ A se vedea TS, col. civ., dec. nr. 2299/1955, în CD 1955, p. 56.

¹⁷ A se vedea: CSJ, S. civ., dec. nr. 824 din 5 martie 1999, în B.J. 1990-2003, p. 280; ÎCCJ, S. civ. și de propr. int., dec. nr. 5524 din 8 octombrie 2004, în Buletinul Casației nr. 2/2005, pp. 29 și 30.

• *Pactul comisoriu conform căruia, în cazul în care o parte nu-și va executa obligațiile, cealaltă parte este în drept să considere contractul ca desființat*

În cazul pactului comisoriu de gradul al II-lea părțile convin că, atunci când una dintre ele nu-și execută obligația, contractul se consideră desființat de drept de către cealaltă parte.

S-a considerat că „o asemenea clauză este interpretată în sensul că rezoluțiunea va opera pe baza declarației unilaterale de rezoluțiune a părții îndreptățite”¹⁸. Debitorul însă se va putea libera de datorie prin executare până în momentul punerii sale în întârziere¹⁹.

În prezența unei asemenea clauze, instanța nu mai este îndreptățită să acorde debitorului un termen pentru executare, deoarece, de fapt, rezoluțiunea a intervenit chiar în momentul cererii creditorului, iar instanța de judecată este în drept doar să constate această împrejurare.

Cu toate acestea, sesizată de partea care nu și-a executat obligația, instanța de judecată va putea totuși să constate că, deși obligația nu a fost îndeplinită la termen, ea a fost executată înainte să intervină declarația de rezoluțiune; în această situație, instanța va constata că rezoluțiunea nu a avut loc și, în consecință, va respinge cererea de chemare în judecată.

• *Pactul comisoriu conform căruia, în caz de neexecutare de către una dintre părți a obligației sale, contractul se consideră rezolvit de plin drept*

Pactul comisoriu expres de gradul al III-lea cuprinde clauza potrivit căreia, în caz de neexecutare de către una dintre părți a obligației sale, contractul se consideră rezolvit de plin drept.

În acest caz rezoluțiunea sau rezilierea operează de drept. Instanța de judecată nu este competentă să acorde un termen debitorului pentru executarea obligației și nici să se pronunțe referitor la oportunitatea rezoluțiunii sau a rezilierii.

Cu toate acestea, pentru ca rezoluțiunea sau rezilierea să poată opera de plin drept, este necesar ca debitorul să fie pus în întârziere²⁰, cu excepția situației în care, chiar în cuprinsul pactului, s-a stipulat că acesta este de drept în întârziere, dacă nu-și execută obligația la termen. De asemenea, nu este necesară punerea în întârziere în contractele comerciale și în contractele civile în care legea prevede că debitorul este de drept în întârziere²¹.

V. Stoica a remarcat faptul că, redactat în forma pe care o analizăm, pactul comisoriu este expres prevăzut în materia contractului de vânzare-cumpărare. Astfel, conform art. 1367 C. civ. 1864, „când la o vânzare de imobile s-a stipulat că, în lipsă de plata prețului în termenul defipt, vânzarea va fi de drept rezolvată, cumpărătorul poate plăti după expirarea termenului, pe cât timp nu este pus de vânzător în întârziere printr-o interpelare în formă; dar după asemenea interpelare, judecătorul nu-i poate da termen”. Autorul a observat, de asemenea, că, deși „această dispoziție este înscrisă în Codul civil de la 1864 doar în titlul care reglementează contractul de vânzare-cumpărare, totuși ea are o valoare generală. Dispoziția confirmă, într-un caz particular, că dispozițiile legale care reglementează rezoluțiunea și rezilierea au caracter supletiv. Cu respectarea limitelor libertății de voință, părțile pot să deroge de la aceste dispoziții legale, inclusiv prin redactarea unui pact comisoriu în forma menționată mai sus”²².

• *Pactul comisoriu conform căruia, în caz de neexecutare, contractul se consideră desființat de drept, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă*

Pactul comisoriu de gradul al IV-lea este cel mai energetic pact comisoriu expres și cuprinde clauza potrivit căreia, în caz de neexecutare, contractul se consideră desființat de drept, fără a mai fi necesară punerea în întârziere și fără orice altă formalitate prealabilă. Într-o astfel de situație, contractul este desființat de îndată ce a expirat termenul de executare, fără ca obligația să fi fost adusă la îndeplinire.

Instanța de judecată, sesizată de una dintre părți, nu are altă posibilitate decât să constate că rezoluțiunea contractului a avut loc de plin drept; rolul ei, în ceea ce privește aplicarea sancțiunii rezoluțiunii sau rezilierii, se rezumă doar la verificarea îndeplinirii condițiilor prevăzute în pactul comisoriu expres.

În ceea ce privește rolul instanței sau mai exact marja de apreciere a judecătorului, în cazul identificării unui pact comisoriu de gradul IV în contract, reproducem următoarea soluție din jurisprudență: „s-a reținut că este de necontestat validitatea pactului rezolutoriu înscris în contractul de închiriere dintre părți și efectul specific pe care acesta îl produce, acela de desființare de drept a unei convenții în care el este inserat, în cazul celui de gradul IV, fără

¹⁸ Stătescu C., Bîrsan C., *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Academiei, București, 1981, p. 84. În același sens: Bodoașcă T., Nour S.O., Puie I., *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 124.

¹⁹ A se vedea Trib. Jud. Bistrița-Năsăud, dec. civ. nr. 245/1970, în RRD nr. 2/1971 *apud* Gherghe A., *Efectele neexecutării contractelor sinalagmatice*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 113.

²⁰ În cazul unui contract de vânzare-cumpărare imobiliară, instanța supremă a decis că, dacă părțile au convenit rezoluțiunea de drept a vânzării, dacă prețul nu este achitat la termen, cumpărătorul va putea totuși plăti și după împlinirea termenului, însă mai înainte de punere în întârziere, deoarece „faptul că vânzătorul a tolerat pe cumpărător în ce privește neplata ratelor din preț nu constituie o renunțare la pactul comisoriu înscris în act, ci o simplă păsuire, deoarece renunțarea la pactul comisoriu nu se presupune, ci trebuie să rezulte în mod neîndoiebnic din acte, fapte sau împrejurări care demonstrează intenția de a renunța.” – TS, S. civ., dec. nr. 271/1982, în *Repertoriu în materie civilă 1980-1985*, p. 91 *apud* Safta-Romano E., *Drept civil. Obligații*, Ed. Neuron, Focșani, 1996, pp. 92 și 93.

²¹ A se vedea Pop L., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1994, pp. 88 și 89.

²² Stoica V., *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, Ed. All, București, 1997, pp. 146 și 147.

notificare sau trecerea vreunui termen. În cazul acestui tip de contract, care este de notorietate unul de adeziune, judecătorul trebuie să aibă o marjă mai mare de apreciere.

Tradițional, clauza rezolutorie de gradul IV exclude puterea de apreciere a judecătorului, dar în anumite situații și când culpa debitorului este minoră poate duce la abuzuri, așa încât, ar fi firesc din perspectiva executării cu bună-credință a obligațiilor, ca ea să poată fi, într-un fel cenzurată. Tendința este aceea de menținere a contractelor atunci când, chiar mai târziu, debitorul își îndeplinește obligațiile și această întârziere nu este de natură a produce creditorului un prejudiciu grav.

În speță, însă, s-a constatat că debitorii nu au achitat debitul, nici la instanța de fond și nici în apel, deși li s-au acordat mai multe termene în acest scop. Ca urmare, contractul de închiriere a încetat de drept²³.

Și în cazul pactului comisoriu de gradul IV, dreptul de opțiune al creditorului între rezoluțiunea de plin drept a contractului și obligarea debitorului la executare subzistă, deoarece rezoluțiunea sau rezilierea sunt stipulate exclusiv în favoarea sa.

Debitorul care nu și-a executat obligațiile nu are dreptul de a pretinde rezoluțiunea contractului, chiar dacă în cuprinsul acestuia a fost inserat un pact comisoriu expres de tipul cel mai sever.

În concluzie, principal, rezoluțiunea sau rezilierea convențională are la bază atât pactul comisoriu expres, cât și manifestarea de voință a părții interesate și îndrituite să invoce pactul²⁴. Neexecutarea culpabilă de către o parte a obligațiilor sale născute din contractul sinalagmatic în care s-a stipulat un pact comisoriu expres dă naștere unui drept potestativ de opțiune cu privire la rezoluțiune/reziliere în favoarea celeilalte părți²⁵. În acest sens, jurisprudența a statuat: „întrucât urmărește protejarea unui interes de natură particulară, titularii pactului comisoriu pot renunța expres sau tacit la a-i da eficiență. Astfel, chiar dacă, până la 30 octombrie 2003, reclamanta a înregistrat anumite întârzieri la plata ratelor lunare, abia la 17 decembrie 2003 pârâții și-au manifestat voința de a da eficiență pactului comisoriu (...) La această dată, reclamanții-reconvenționali au notificat-o prin executor judecătoresc să elibereze imobilul, arătând că, în opinia lor, contractul a fost reziliat de drept, iar simpla lor manifestare de voință este suficientă pentru a intra în funcțiune pactul comisoriu de gradul IV. Instanța de fond a apreciat că manifestarea de voință a promitenților-vânzători este necesară, dar nu suficientă, pentru a opera rezilierea contractului, urmând a fi reținută și neexecutarea obligației de plată a ratelor lunare. Or, (...) la data somației prin executor judecătoresc, nu existau obligații de plată restante, de natură a atrage eficiența acestui pact comisoriu. Invocarea unor date anterioare când au existat întârzieri de câteva zile la plată nu se poate reține, acceptarea plății lor, chiar cu întârziere, dovedind că pârâții au înțeles să nu îl activeze”²⁶.

Rezoluțiunea convențională în noul Cod civil²⁷

În noul Cod civil pactul comisoriu rămâne o clauză contractuală care reglementează rezoluțiunea contractului pentru neexecutare și prezintă avantajul că arbitrariul aprecierii neexecutării ca fiind însemnată sau nu este înlăturat prin clauza rezolutorie.

Articolul 1.553 noul Cod civil instituie următoarele reguli în ceea ce privește pactul comisoriu: pactul comisoriu produce efecte dacă prevede, în mod expres, obligațiile a căror neexecutare atrage rezoluțiunea sau rezilierea de drept a contractului [alin. (1)]; în cazul prevăzut la alin. (1), rezoluțiunea sau rezilierea este subordonată punerii în întârziere a debitorului, afară de cazul în care s-a convenit că ea va rezulta din simplul fapt al neexecutării [alin. (2)]; punerea în întârziere nu produce efecte decât dacă indică în mod expres condițiile în care pactul comisoriu operează [alin. (3)].

Așadar, pentru a produce rezultatul urmărit, rezoluțiunea sau rezilierea contractului, pactul comisoriu trebuie să prevadă în mod explicit care sunt acele obligații a căror neexecutare atrage de drept rezoluțiunea sau rezilierea contractului²⁸, la această exigență adăugându-se punerea în întârziere a debitorului, dacă nu s-a stipulat că va rezulta din simplul fapt al neexecutării²⁹.

Și în cazul rezoluțiunii convenționale, punerea în întârziere va avea efect numai dacă va indica în mod explicit ce obligație nu s-a executat³⁰. În consecință, notificarea trebuie să prevadă clar termenul ultimativ de executare și obligația restantă la plată, precizând totodată că, dacă nu se va trece la executare, contractul va fi de drept desființat la împlinirea termenului concedat pentru executare. Dacă debitorul nu își execută obligațiile nici după ce a fost notificat,

²³ Trib. Sibiu, dec. civ. nr. 4/2012, irevocabilă prin dec. civ. nr. 206 din 12 aprilie 2012, pronunțată de C. Ap. Alba Iulia, în *Pandectele Săptămânale* nr. 33/2012, pp. 31 și 32.

²⁴ Stoica V., *Pactele comisarii exprese*, în *Dreptul* nr. 2/1997, p. 21.

²⁵ În acest sens, a se vedea Avram M., *Actul unilateral în dreptul privat*, Ed. Hamangiu, București, 2006, pp. 158 și 159.

²⁶ C. Ap. Oradea, dec. civ. nr. 192 din 7 februarie 2006, în *Curtea de Apel Oradea, Culegere de practică judiciară pe anul 2006*, Ed. Lumina Lex, București, 2007, p. 103.

²⁷ Daghe N., *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor*, op. cit., pp. 211-214.

²⁸ Prin urmare, clauzele care trimit generic la neexecutarea obligațiilor din contract nu vor fi pacte comisarii valabile.

²⁹ Pactul comisoriu are utilitate când atrage desființarea automată a contractului, fără punere în întârziere a debitorului, ca efect direct al neexecutării lui la scadență. În acest sens, a se vedea P. Vasilescu, op. cit., p. 521.

³⁰ Turcu I., *Noul Cod civil. Legea nr. 287/2009. Cartea V. Despre obligații, art. 1164-1649. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 647.

creditorul poate obține desființarea contractului pe baza unei simple declarații unilaterale, pe care trebuie să o comunice debitorului.

Potrivit doctrinei³¹, cenzura pactului comisoriu de către instanța de judecată poate opera numai atunci când pretinsa clauză rezolutorie este lipsită de transparență contractuală, pe calea interpretării contractului, precum și atunci când acestea au un conținut abuziv și disproportionat. Cenzura trebuie să opereze însă excepțional. Nu trebuie uitat că pactul comisoriu este rezultatul libertății de voință a părților și că el trebuie să reprezinte substanța forței obligatorii.

Întrucât întregul edificiu al obligațiilor civile și exercițiul drepturilor civile se fundamentează pe postulatul bunei-credințe, ca orice alt drept subiectiv civil, și dreptul la invocarea pactului comisoriu trebuie exercitat cu bună-credință. Exercitarea dreptului subiectiv civil cu rea-credință, în scopul de a vătămă sau păgubi pe altul ori într-un mod excesiv și nerezonabil, constituie, conform art. 15 NCC, abuz de drept și este de natură să conducă la respingerea pretenției creditorului de a se declara rezoluțiunea sau la considerarea retroactivă de către instanță a neoperării rezoluțiunii.

În cazul în care neexecutarea definită în pactul comisoriu este parțială, pentru a opera rezoluțiunea convențională, va trebui verificată condiția „neexecutării însemnate” prin raportare, de această dată, la pactul comisoriu.

Chiar dacă noul Cod civil nu face vorbire în art. 1.553 despre condițiile necesare pentru informarea celeilalte părți în legătură cu opțiunea de a invoca pactul comisoriu, invocarea sa trebuie făcută de creditor într-o formă care să asigure comunicarea către debitor, în acord cu natura acesteia de act juridic unilateral supus comunicării. Dacă este aplicabilă măsura punerii în întârziere, creditorul are posibilitatea să insereze declarația de invocare a pactului comisoriu chiar în actul de punere în întârziere, astfel încât desființarea contractului va opera la expirarea termenului de executare acordat fără nevoia unei noi manifestări de voință din partea creditorului.

Cu toate acestea, din considerente de ordin practic, cum ar fi nevoia înregistrărilor în registrele publice, de cele mai multe ori creditorul va transmite notificarea de invocare a pactului comisoriu după expirarea termenului de remediere³².

Pactul comisoriu face parte, alături de declarația de rezoluțiune, din actele care pentru opozabilitate față de terți se notează în cartea funciară, conform art. 902 pct. 11 NCC. Prin raportare la modul de operare anterior descris, s-ar părea că vor fi necesare două notări în cartea funciară: una a pactului comisoriu, la încheierea contractului, și încă una a invocării sale cu consecința rezoluțiunii contractului³³.

Concluzii

Jurisprudența joacă un rol creator determinat de existența în orice sistem legislativ a lacunelor legislative³⁴. Ea apare într-o poziție auxiliară, ajutătoare față de lege, sprijinind procesul de elaborare și aplicare a dreptului. Astfel, indiferent de familia de drept, judecătorul este chemat să acopere eventuale lacune ale legii, să găsească soluții, care se impun părților, în principal, dar, prin impactul lor, se impun întregii comunități juridice și societății. În acest mod, soluțiile judecătorilor se transformă din „simple decizii de justiție în norme juridice”, iar acest proces de transformare se sprijină „pe un fenomen de generalizare a soluțiilor jurisprudențiale și un fenomen de sedimentare a jurisprudenței care procedează prin argumente de analogie și de autoritate care implică soluții particular semnificative sau inovatoare”³⁵.

Problema consecințelor neexecutării obligațiilor contractuale este una dintre componentele dreptului comun al contractelor în cuprinsul căreia, sub influența jurisprudenței și a dreptului comparat, au intervenit evoluții și schimbări esențiale³⁶.

Astfel, în Codul civil de la 1864 rezoluțiunea contractului era reglementată pe cale secundară și ocolită în art. 1020-1021, între dispozițiile referitoare la obligațiile sub condiție rezolutorie. În ceea ce privește existența pactelor comisorii, aceasta a fost admisă și promovată de jurisprudență, fără o reglementare expresă cu valoare generală. Mai exact, s-a considerat că pactele comisorii constituie o derogare de la dispozițiile legale care fac aplicarea rezoluțiunii judiciare, fie în sensul renunțării la dreptul de a solicita rezoluțiunea, fie în sensul aplicării sancțiunii ca efect direct al convenției părților, înlăturând sau cel puțin diminuând intervenția instanței de judecată. În acest ultim caz, înțelegerea părților are valoarea unui pact comisoriu expres³⁷.

³¹ Pop L., Popa I.-F., Vidu S.I., *op. cit.*, p. 296.

³² A se vedea Popa C., Lisievici A., *Probleme privind rezoluțiunea contractului în Noul Cod civil (II)*, în RRDA nr. 9/2012, p. 50.

³³ *Idem*.

³⁴ Voicu C., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 172.

³⁵ Bergel J.-L., *Théorie générale du droit*, ed. a 5-a, Dalloz, Paris, 2012, p. 84 *apud* Cristea S., *Teoria generală a dreptului*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 43.

³⁶ Pop L., *Evoluții și mutații paradigmatică în hermeneutica obligațiilor civile de la Marea Unire până astăzi*, în *Dreptul* nr. 11/2018, p. 36.

³⁷ Stoica V., *Rezoluțiunea și rezilierea contractelor civile*, *op. cit.*, p. 45; Adam I., *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. I. Contractul, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 894.

Potrivit doctrinei³⁸, legiferarea cunoaște două mari momente: constatarea existenței situațiilor sociale care reclamă reglementare juridică și desprinderea idealului juridic, care trebuie să se aplice acestor situații în funcție de cunoștința juridică a societății. În acest sens, admitând că legea este și ea un produs istoric, deci ea poate fi depășită la un moment dat de evoluția anumitor fenomene sociale, J. Masquelin arată că „orice normă juridică nouă are ca obiect, pe plan sociologic, să dea o soluție determinată la o cerință socială, reală sau prezumată, născută la un moment dat. Pe plan juridic, are, în mod necesar, ca obiect, să modifice ordinea juridică existentă, prin modificare, înlocuire sau completare a normei în vigoare sau prin crearea de norme, de relații într-o materie nereglementată”³⁹.

Dacă în temeiul Codului civil de la 1864 pactele comisorii erau considerate o derogare de la art. 1021, în concepția noului Cod civil, ele reprezintă doar unul dintre cele trei moduri de operare a rezoluțiunii, alături de rezoluțiunea dispusă de instanță și declarația unilaterală de rezoluțiune a creditorului.

În concluzie, rolul jurisprudenței în dezvoltarea dreptului nu poate fi neglijat. Față de cele arătate, am putea spune chiar, că în această epocă, cu toată opoziția teoriilor legaliste, legea și jurisprudența au devenit surse complementare ale dreptului⁴⁰, cu precizarea că jurisprudența este o sursă atipică⁴¹, în sensul că aceasta generează progres juridic, obligă dreptul la evoluții spectaculoase, pornind de la interpretarea legii sau completarea lacunelor acesteia.

³⁸ Făiniși F., Făiniși V.A., *Studiu comparativ privind metodologia de elaborare a actelor normative*, Ed. Pro Universitaria, București, 2018, p. 80.

³⁹ Masquelin J., *La formation de la regle de droit*, în *La regle de droit, études publiées par Perolman Ch.*, Bruxelles, 1971, p. 24 *apud* Barac L., *Elemente de teoria dreptului*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 197.

⁴⁰ „Jurisprudența se constituie într-un veritabil izvor de drept prin faptul că împlinirea legii se face în opera de jurisdicție. (...) Niciunul dintre teoreticienii dreptului nu recunoșc și nici nu vor recunoaște rolul exorbitant al practicii judiciare, atât în procesul de creare a dreptului, cât și în cel de aplicare. Dacă în procesul de creare a dreptului, influența practicii judiciare joacă un rol de exercitare a presiunii dictate de argumente de autoritate, în rest, precedentul judiciar se extinde, prin unicitatea soluției propuse și a sentinței judecătorești care o consacră” – Vida I., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 75-76.

⁴¹ Dănișor D.C., Dogaru I., Dănișor Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 154.

CONTRACTUL DE VÂNZARE-CUMPĂRARE

Evoluție – Noutăți

Purchase Agreement. Evolution – Novelties

Adela PÎRLICĂ-TEOTEOI*

Rezumat: Contractul de vânzare-cumpărare este unul din cele mai uzuale contracte pe care le întâlnim atât în sistemul de drept continental cât și sistemul juridic anglo-saxon (common law). Acesta își are originea în dreptul vechiului Imperiu Roman. Pornind din acele vremuri, contractul de vânzare-cumpărare a fost adaptat în funcție de necesitățile perioadei la care se raportează. Definiția acestuia cea mai întâlnită este aceea că vânzătorul se obligă să vândă, iar cumpărătorul se obligă să cumpere un bun. Articolul de față detaliază atât condițiile de validitate ale contractului, caracteristicile sale, obiectul, prețul, precum și efectele acestuia. Cel mai vizibil aspect este acela că bunul ce face obiectul contractului de vânzare-cumpărare iese din patrimoniul vânzătorului și intră în patrimoniul cumpărătorului, în schimbul unui preț. Contractul de vânzare-cumpărare este un acord al părților ce generează simultan drepturi și obligații pentru toate părțile contractante. Menționăm acest lucru deoarece obligația vânzătorului de-a preda bunul ce face obiectul contractului duce la obligația cumpărătorului de-a plăti prețul. Acestea la rândul lor generează alte obligații, cum ar fi condițiile în care trebuie predat bunul, când va fi predat, precum și modul în care se va achita prețul. În situația în care obiectul contractului îl constituie un imobil, obligațiile antemenționate trebuie corelate cu prevederile din Codul civil referitoare la înscrierea imobilului în cartea funciară.

Cuvinte-cheie: acord, vânzare-cumpărare, plată, bilateral, acord de voință.

Abstract: Sale and purchase agreement or sale contract is one of most usual agreement, which we found in continental and common law system. It has origin in the right of the ancient Roman Empire. Starting from those times, the sale contract has been adapted according to the needs of the period to which it relates. The most common definition of this is that the seller shall undertake to sell, and the purchaser undertakes to buy a good. This article details both conditions of validity of contract, it's characteristics, the main subject, the price, and it's effects. The most visible aspect is that the good which is the subject of contract of sale-purchase comes out from the assets of the seller and comes in to the buyer, in exchange of a price. The contract of sale-purchase is an agreement between the parties which generates both, rights and obligations for all contracting parties. We mention this because the obligation of the seller to give the object covered by the contract lead to the purchaser obligation to pay the price. At their turn, they generate other obligations, such as conditions under which shall be handed over the good, when it will be handed over, as well as the manner in which they will pay the price. In the situation in which the subject of the contract is a real-estate, above-mentioned obligations should be linked with the provisions of the Civil Code relating to the entry of the real-estate in the land register.

Keywords: agreement, sale and purchase, payment, bilaterally, accord of will.

Contractul de vânzare-cumpărare își găsește originea în dreptul roman, fiind unul din cele patru contracte consensuale¹ întâlnite în vechiul Imperiu. Vânzarea, așa cum era numită, era contractul, prin care o parte numită vânzător, se obligă să transmită posesiunea liniștită a unui lucru celeilalte părți, numită cumpărător, în schimbul prețului pe care cumpărătorul se obligă să-l plătească. În evoluția dreptului roman se întâlnesc trei forme distincte prin intermediul cărora operațiunea juridică a vânzării era înfăptuită și anume: vânzarea realizată prin mancipațiune, vânzarea realizată prin două stipulațiuni și vânzarea consensuală.

Vânzarea prin mancipațiune însemna că formarea actului coincidea cu executarea sa, adică transmiterea lucrului și plata prețului erau condiții de formă ale mancipațiunii. Prin urmare, mancipațiunea se forma valabil numai dacă cumpărătorul plătește prețul în momentul încheierii actului.

O dată cu dezvoltarea comerțului, a apărut o nouă operațiune juridică în materia vânzării și anume: vânzarea prin două stipulațiuni. Acesta a apărut din necesitatea de-a delimita momentul întocmirii actului vânzării de acela al

* Consilier juridic definitiv, Uniunea Colegiilor Consilierilor Juridici din România, Colegiul Consilierilor Juridici Timiș; e-mail: adelapirlica@gmail.com.

¹ Contractele consensuale, întâlnite în dreptul roman sunt: vânzarea, locațiunea, societatea și mandatul.

Contractele consensuale se formau prin simplu acord de voință al părților, reprezentând forma cea mai evoluată pe care a cunoscut-o modalitatea de creare a obligațiilor în dreptul roman. Acestea constituiau un exemplu de subiectivitate a actelor juridice. De asemenea în epoca lui Justinian drepturile subiective reale, se realizau prin simpla manifestare a voitei părților. Urmând ca apoi în dreptul postclasic prin cuvântul *contractus* avea înțelesul de convenție destinată să creeze obligațiuni. (În acest sens, a se vedea și Emil Molcuț, Nicolae Topârceanu, *Drept roman, cartea II, Succesiuni, Obligații*, Ed. Universități Titu Maiorescu, p. 110-117).

executării obligațiilor ce reies din acesta. În această situație cumpărătorul avea posibilitatea să achite prețul, la un alt moment decât cel a formării vânzării. Vânzare prin două stipulațiuni se realiza dacă se îndeplineau cumulativ cele două condiții: vânzătorul avea obligația de-a preda bunul, iar cumpărătorul avea obligația de-a plăti prețul.

Pornind de la vânzarea prin două stipulațiuni, în dreptul roman a evoluat contractul, prin intermediul acestuia operațiunea juridică a vânzării a fost denumită *emptio-venditio* (vânzare-cumpărare).

Prin urmare, cuprinderea celor două stipulațiuni într-un singur contract a condus către cea de-a treia operațiune juridică a vânzării, adică cea consensuală. Astfel o simpla convenție agreată de părți, genera obligații atât pentru cumpărător cât și pentru vânzător.

Aceste prevederi se întâlnesc și astăzi într-o anumită formă atât în dreptul continental cât și în sistemul juridic anglo-saxon (*common law*). În cadrul dreptului continental, cea mai întâlnită definiție a contractului de vânzare-cumpărare este aceea că vânzătorul se obligă să vândă, iar cumpărătorul se obligă să cumpere². Pe când în sistemul juridic anglo-saxon (*common law*), este definit ca fiind contractul prin care vânzătorul transferă sau agreează să transfere proprietatea bunului său către cumpărător în schimbul unei remunerații numite preț³.

În dreptul român, vânzarea este contractul care transmite dreptul de proprietate asupra unui bun de la vânzător la cumpărător în schimbul unei sume de bani. Prevederile din art. 1650 alin. 1 C. civ. dispun că: „Vânzarea este contractul prin care vânzătorul transmite sau, după caz, se obligă să transmită cumpărătorului proprietatea unui bun în schimbul unui preț pe care cumpărătorul se obligă să-l plătească”. De regulă, prin intermediul contractului de vânzare-cumpărare se transferă dreptul de proprietate, dar acesta mai poate transfera și alte drepturi precum: un dezmembrământ al dreptului de proprietate (de exemplu, dreptul de uzufruct), dreptul de creanță, drepturile privind proprietatea intelectuală precum și drepturile succesoriale. Contractul de vânzare-cumpărare este un act de dispoziție deoarece vizează ieșirea unui drept din patrimoniul uneia dintre părțile contractante și intrarea în patrimoniul celeilalte. Prin intermediul contractului de vânzare-cumpărare se pot avea ca obiect doar bunuri transmisibile, adică să nu fie indisolubil legat de o persoană. Astfel, se realizează și diferențierea între noțiunea de vânzare și cea de cesiune. Acesta din urmă transmițând un drept incorporeal, cum ar fi cesiunea de creanță sau a unui fond de comerț.

Art. 1657 C. civ. definește ca și obiect al contractului de vânzare-cumpărare orice bun ce poate fi vândut în mod liber, prin bun liber se înțelege orice bun care nu este interzis sau limitat vânzării prin lege, prin convenție sau testament. Faptul că bunul/bunurile ce fac obiectul contractului de vânzare-cumpărare nu există la momentul perfectării contractului, nu împiedică semnarea acestuia. Legiuitorul român în art. 1658 alin. 1 dispune că atunci când obiectul vânzării îl dispune un bun viitor, cumpărătorul dobândește proprietatea la momentul realizării bunului. În situația în care bunul viitor este o construcție, dispozițiile alineatului antemenționat se vor corobora cu cele privind înscrierea în cartea funciară. Potrivit art. 1658 alin. 2 C. civ., se stipulează că în cazul în care vânzarea are ca și obiect un bun de gen limitat, ce nu există la momentul încheierii contractului, cumpărătorul va dobândi proprietatea la momentul individualizării de către vânzător a bunului vândut. Dacă bunul nu se realizează, contractul nu va produce niciun efect, cu mențiunea că cumpărătorul poate solicita daune-interese, în situația în care există culpa vânzătorului. Nu pot face obiectul contractului de vânzare-cumpărare drepturile personal nepatrimoniale, cele patrimoniale care au un caracter strict personal, precum și cele care au un caracter *intuitu personae* constituit prin lege sau prin voința părților.

Caracterele juridice ale contractului de vânzare-cumpărare se particularizează astfel: este un contract consensual, sinalagmatic, cu titlul oneros, comutativ, translativ de proprietate și nu în ultimul rând un contract ce constituie dreptul comun/fundamentul pentru alte contracte translativ de proprietate.

Caracterul consensual al contractului de vânzare-cumpărare este dat însăși prin libertate forme sale⁴. De regulă, acesta se încheie valabil atunci când părțile ajung la un *solo consensu*. Se poate vorbi de o vânzare consensuală chiar și atunci, când părțile agreează, să transmită un drept de proprietate sau dacă remiterea bunului ori a prețului se va face la un moment ulterior predării. Totuși vânzarea este consensuală numai de principiu, dar există și situații speciale când acesta se transformă într-un contract solemn.

Prin coroborarea art. 885 („drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândește, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat

² A sales purchase agreement is a legal contract obligating a seller to sell and a buyer to buy a product or service – (Contractul de vânzare-cumpărare este un contract legal care îl obligă pe vânzător să vândă și pe cumpărător să cumpere un produs sau un serviciu); <https://www.upcounsel.com/sales-purchase-agreement>.

³ A contract of sale of goods is a contract by which the seller transfers or agrees to transfer the property in goods to the buyer for a money consideration, called the price. (Contractul de vânzare bunuri este un contract în care vânzătorul transferă sau agreează să transfere proprietatea bunurilor către cumpărător în schimbul unei remunerații numite preț)- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54/part/II/crossheading/contract-of-sale>.

⁴ Art. 1178 C. civ. – Libertatea forme – „Contractul se încheie prin simplul acord de voință al părților dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă”.

Iar mai apoi în art. 1179 alin. 1 C. civ. sunt enumerate condițiile esențiale pentru validitatea contractului și anume capacitatea de-a contracta, consimțământul părților, un obiect determinat și licit, o cauză licită și morală. În următorul alineat se dispune că atunci când legea prevede o anumită formă pentru încheierea contractului aceasta trebuie respectată, sub sancțiunile prevăzute de legislația aplicabilă.

înscrisura”), cu art. 888 („înscrisura în cartea funciară se realizează pe baza unui înscris autentic notarial sau a unei hotărâri judecătorești rămase definitivă”) și nu în ultimul rând cu art. 1225 („trebuie să fie încheiate prin înscris autentic, sub sancțiunea nulității absolute, convențiile care strămută sau constituie drepturi reale care urmează a fi înscrise în cartea funciară”) rezultă că operațiunea juridică a vânzării unui imobil, indiferent dacă are sau nu construcție pe acesta, se realizează prin încheierea contractului de vânzare-cumpărare în formă autentică. Dacă nu se respectă această condiție, sancțiunea aplicabilă este cea a nulității absolute, conform amendamentelor din art. 1242 alin. 1 C. civ.

O altă excepție sunt contractele care se încheie prin mijloace electronice, potrivit dispozițiilor art. 1245 C. civ., acestea sunt supuse condițiilor de formă prevăzute de legea specială⁵. Astfel în art. 5 și art. 6 din Legea nr. 455/2001 se dispune că înscrisul în formă electronică căruia i s-a încorporat o semnătură electronică, ce este executată în condițiile legislației în vigoare, este asimilat înscrisului sub semnătură privată, iar atunci când înscrisul în formă electronică, i s-a încorporat o semnătură electronică, recunoscută de celelalte părți co-contractante, are efect de act autentic, dar doar între părțile contractului.

Caracterul sinalagmatic, al contractului de vânzare-cumpărare reiese din interpretarea dispozițiilor art. 1171 C. civ. care dispune că obligațiile născute în cadrul acestuia sunt reciproce și interdependente. Prin urmare, vânzătorul are obligația de a preda bunul, iar cumpărătorul are obligația de a achita prețul. Astfel, caracterul sinalagmatic presupune interdependența obligațiilor, adică prestația uneia dintre părți duce la crearea unei obligații pentru cealaltă parte.

Un alt caracter al contractului de vânzare-cumpărare, pe care îl putem considera că derivă oarecum din caracterul sinalagmatic ori este în strânsă legătură cu acesta este acela al titlului oneros. Dispozițiile art. 1172 alin. 1 C. civ. fac referire la faptul că fiecare parte urmărește să își procure un avantaj în schimbul obligațiilor asumate.

O altă caracteristică a contractului de vânzare-cumpărare este aceea a comutativității deoarece la momentul încheierii acestuia existența drepturilor și obligațiilor este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă⁶. Totuși acest caracter nu este unul absolut, deoarece în doctrină se întâlnesc unele excepții, cum ar fi vânzarea de drepturi litigiate, ce conferă un caracter absolut contractului⁷.

Contractul de vânzare-cumpărare are un caracter translativ de proprietate deoarece, în general, prin natura sa transmite un drept real. Astfel, transferul de proprietate se produce de drept, iar acordul de voință reiese din contractul în sine ajungându-se în cele din urmă la sursa transferului, indiferent de momentul când se efectuează acesta din urmă. Referitor la acest aspect doctrina franceză face referire la contractul de vânzare-cumpărare ca fiind un contract translativ de proprietate și un instrument de circulație al bunurilor.

Art. 1674 C. civ. face referire la faptul că proprietatea se drept cumpărătorului din momentul încheierii contractului, chiar dacă bunul nu a fost predat ori prețul nu a fost plătit încă. Ca excepție, părțile pot amâna transferul dreptului de proprietate, conform înțelegerii dintre acestea până la momentul achitării integrale a prețului sau în situația bunurilor viitoare până la momentul constituirii acestora.

Dreptul de proprietate, în cazul contractelor de vânzare-cumpărare, se poate transmite imediat, numai dacă se întrunesc toate condițiile menționate mai jos:

- vânzătorul este proprietarul lucrului vândut;
- obiectul contractului este un bun determinat individual;
- bunul ce face obiectul vânzării există;
- să nu existe nicio altă prevedere referitoare la amânarea transferului de proprietate agreată de părți ori dispusă de lege.

O ultimă caracteristică a dreptului de proprietate este aceea că poate constitui fundamentul/norme generale pentru alte contracte translativ de drepturi. De regulă, „obligațiile vânzătorului se aplică, în mod corespunzător, obligațiilor înstrăinătorului în cazul oricărui alt contract având ca efect transmiterea unui drept”, conform art. 1651 C. civ.

Condițiile esențiale pentru validarea contractului de vânzare-cumpărare sunt:

- capacitatea de a contracta;
- consimțământul părților;
- obiectul determinat și licit;
- cauză licită și morală;
- forma, dacă legea prevede.

⁵ În această situație putem vorbi doar de contractele comerciale de vânzare-cumpărare, toate acestea intrând sub incidența dispozițiilor din Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică și din Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic ambele transpunând în legislația internă normele din Directivele nr. 1999/93/CE și nr. 2000/31/CE.

⁶ Art. 1173 alin. 1 C. civ. „Este comutativ contractul în care, la momentul încheierii sale, existența drepturilor și obligațiilor părților este certă, iar întinderea acestora este determinată sau determinabilă”.

⁷ Art. 1173 alin. 2 C. civ. „Este aleatoriu contractul care, prin natura lui sau prin voința părților, oferă cel puțin uneia dintre părți șansa unui câștig și o expune totodată la riscul unei pierderi, ce depind de un eveniment viitor și incert”.

Făcând referire la prima caracteristică, Codul civil dispune în art. 1180⁸ că orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege poate contracta, iar art. 1652⁹ stipulează că pot cumpăra sau vinde toți cei cărora nu le este interzis prin lege. Concluzionând cele menționate anterior, se poate menționa că capacitatea de-a contracta este general valabilă, excepție făcând incapacabilii de a contracta, în această categorie intrând în general interzișii judecătorești și minori ce nu au împlinit vârsta de 14 ani.¹⁰ În situația contractului de vânzare-cumpărare, fiind vorba de un act de dispoziție¹¹, atât cumpărătorul cât și vânzătorul trebuie să posede capacitate deplină de exercițiu la momentul încheierii contractului.

Persoanele juridice dobândesc capacitatea de exercițiu de la momentul înregistrării acestora.

Legiuitorul a prevăzut o serie de incapacități speciale la vânzare-cumpărare. Mai întâi ne vom prezenta interdicțiile privind cumpărarea. Acestea derivă din dispozițiile art. 1653 alin. 1 C. civ. se dispune că judecătorii, procurorii, grefierii, executorii, avocații, notarii publici, consilieri juridici și practicienii în insolvență, nu pot cumpăra, direct sau prin persoane interpuse, drepturi litigioase care sunt de competența instanței judecătorești în a cărei circumscripție își desfășoară activitatea. Se poate vorbi de un drept litigios când există un proces început și neterminat cu privire la existența și întinderea acestuia. Dacă nu se respectă dispozițiile art. 1653 alin. 1 C. civ., contractul încheiat va cădea sub sancțiunea nulității absolute.

Însă există și o serie de excepții, pentru persoanele antemenționate cu privire la cele enunțate mai sus, astfel acestea pot cumpăra:

- drepturi succesoriale sau cote părți din dreptul de proprietate de la coproprietari sau moștenitori;
- drepturi litigioase destinate acoperirii unei creanțe care s-a născut înainte ca dreptul să devină litigios;
- drepturile litigioase destinate apărării altor drepturi ale persoanei ce stăpânește bunul.

În ceea ce privește licitația publică sunt considerați incapabili de-a cumpăra, în această categorie intră:

- mandanții pentru bunurile pentru care au primit însărcinarea de-a le vinde, exceptând situația în care se precizează expres în mandat că pot face acest lucru;
- părinții, tutorele, curatorul, administratorul provizoriu pentru bunurile persoanelor care le reprezintă;
- funcționarii publici, judecătorii sindici, practicienii în insolvență, executorii judecătorești și alte asemenea persoane care ar putea influența condițiile vânzării făcute prin intermediul lor sau care are ca obiect bunuri pe care le administrează ori a căror administrare o supraveghează.

Nerespectarea primelor două interdicții privind cumpărarea bunurilor ce se vând prin procedura licitației publice se sancționează cu nulitatea relativă, iar în ultima situație sancțiunea aplicabilă este nulitate absolută, conform prevederilor din art. 1654 alin. 2 C. civ.¹².

La polul opus cu cele menționate anterior sunt interdicțiile în ceea ce privește vânzarea. Potrivit celor stipulate în art. 1655 C. civ.¹³ în această categorie intră mandatarii, părinții, tutorele, curatorul, administratorul provizoriu, funcționarii publici, judecătorii-sindici, practicienii în insolvență și alte asemenea persoane. Antemenționații nu pot vinde bunuri proprii pentru un preț care constă într-o sumă de bani provenită din vânzarea ori exploatarea bunurilor sau patrimoniului pe care îl administrează ori a cărei administrare o supraveghează.

Consimțământul părților reprezintă acordul celor două voințe, care stă la baza încheierii contractului și care are drept scop să concilieze interesele divergente ale părților contractante.

Obiectul contractului, în general, potrivit art. 1225¹⁴ C. civ. îl reprezintă operațiunea juridică precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și alte asemenea, convenite de părți, după cum reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor

⁸ Art. 1180 C. civ. „Poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte”.

⁹ Art. 1652 C. civ. „Pot cumpăra sau vinde toți cei cărora nu le este interzis prin lege”.

¹⁰ Art. 43 alin. 1 C. civ. „În afara altor cazuri prevăzute de lege, nu au capacitate de exercițiu: minorul care nu a împlinit 14 ani și interzisul judecătorec; iar al. 2 „Pentru cei care nu au capacitate de exercițiu, actele juridice se încheie, în numele acestora, de reprezentanții lor legali, în condițiile prevăzute de lege. Dispozițiile art. 42 alin. (1) sunt aplicabile în mod corespunzător”.

¹¹ Contractul de vânzare-cumpărare este un act de dispoziție, doar prin raportare la obiectul acestuia, adică la preț și bunul vândut.

¹² Art. 1654 alin. 1 C. civ. „Sunt incapabili de a cumpăra, direct sau prin persoane interpuse, chiar și prin licitație publică:

a) mandatarii, pentru bunurile pe care sunt însărcinați să le vândă; excepția prevăzută la art. 1304 alin. (1) rămâne aplicabilă; b) părinții, tutorele, curatorul, administratorul provizoriu, pentru bunurile persoanelor pe care le reprezintă;

c) funcționarii publici, judecătorii-sindici, practicienii în insolvență, executorii, precum și alte asemenea persoane, care ar putea influența condițiile vânzării făcute prin intermediul lor sau care are ca obiect bunurile pe care le administrează ori a căror administrare o supraveghează.

alin. 2 Încălcarea interdicțiilor prevăzute la alin. (1) lit. a) și b) se sancționează cu nulitatea relativă, iar a celei prevăzute la lit. c) cu nulitatea absolută”.

¹³ Art. 1655 alin. 1 „Persoanele prevăzute la Art. 1654 alin. (1) nu pot, de asemenea, să vândă bunurile proprii pentru un preț care constă într-o sumă de bani provenită din vânzarea ori exploatarea bunului sau patrimoniului pe care îl administrează ori a cărei administrare o supraveghează, după caz.

Alin. 2 Dispozițiile alin. (1) se aplică în mod corespunzător și contractelor în care, în schimbul unei prestații promise de persoanele prevăzute la Art. 1654 alin. (1), cealaltă parte se obligă să plătească o sumă de bani”.

¹⁴ Art. 1225 alin. 1-3 C. civ. „Obiectul contractului îl reprezintă operațiunea juridică, precum vânzarea, locațiunea, împrumutul și altele asemenea, convenite de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale. Obiectul contractului trebuie să fie determinat și licit, sub sancțiunea nulității absolute. Obiectul este ilicit atunci când este prohibit de lege sau contravine ordinii publice ori bunelor moravuri”.

contractului. În situația contractelor de vânzare-cumpărare putem considera că există un obiect dublu. Obligația principală a vânzătorului are ca obiect predarea lucrului, iar obligația cumpărătorului plata prețului.

Bunul ce face obiectul unui contract de vânzare-cumpărare, trebuie să îndeplinească mai multe cerințe, pentru a fi valabilă operațiunea vânzării.

Prima din acestea este cea potrivit căruia bunul vândut trebuie să fie posibil, adică trebuie să existe. Această cerință derivă de la regula generală de drept, potrivit căreia nimeni nu poate fi obligat la imposibil (*ad impossibilia, nulla obligatio*). De asemenea, în doctrină, sunt voci care susțin că imposibilitatea obiectului atrage sancțiunea nulității absolute. Raportată la momentul încheierii actului juridic, imposibilitatea este de două tipuri materială și juridică. Atunci când la momentul încheierii unui contract sinalagmatic obiectul este posibil, dar ulterior executarea lui devine imposibilă din cauză unui caz fortuit sau de forță majoră, în această situație se poate pune problema riscului contractului, iar dacă executarea devine imposibilă din cupa uneia dintre părți, într-o asemenea situație se poate angaja răspunderea civilă a acesteia. Se mai precizează, în art. 1227¹⁵ C. civ., că atunci când una dintre părți se află în imposibilitatea de a-și executa obligația, la momentul semnării contractului, acesta este totuși valabil.

O altă condiție este aceea că lucrul/bunul trebuie să existe sau să poată exista. Această este importantă deoarece dacă bunul nu există sau nu poate exista celelalte clauze (atât drepturile cât și obligațiile) din contract nu pot fi îndeplinite. De exemplu, în cazul unui contract de vânzare-cumpărare, dacă părțile au agreeat vânzarea unui bun existent, dar care a pierit total la momentul încheierii contractului, acesta din urmă cade sub sancțiunea nulității absolute, deoarece obligația vânzătorului este lipsită de obiect, iar această implică prin urmare și lipsa angajamentului vânzătorului. Atunci când bunul ce face obiectul contractului de vânzare-cumpărare a pierit în parte, cumpărătorul, sub condiția să nu fi cunoscut acest fapt la momentul încheierii contractului, poate cere anularea vânzării ori reducerea corespunzătoare a prețului¹⁶.

Vânzătorul este cel care suportă riscul pieririi totale sau parțiale a bunului ce face obiectul contractului atât înaintea cât și după încheierea acestuia, excepție de la această regulă face contractul de vânzare-cumpărare. Excepție de la această regulă o fac contractele, chiar și cel de vânzare-cumpărare, ce au ca și obiect bunuri viitoare. În astfel de cazuri bunul nu există la momentul încheierii contractului, dar poate exista în viitor, iar obiectul contractului este un bun viitor (*res futura*). Din categoria bunurilor viitoare, doar bunurile ce fac obiectul succesiunilor nedeschise nu pot face obiectul contractului de vânzare-cumpărare.

Atunci când obiectul contractului de vânzare-cumpărare îl constituie un bun viitor, cumpărătorul dobândește proprietatea în momentul în care bunul s-a realizat. Dacă obiectul contractului de vânzare-cumpărare îl constituie un imobil ce va fi construit, atunci acesta va fi asemănător cu cel de antrepriză de construcții.

Dacă obiectul contractului este un bun dintr-un gen limitat, care nu există la momentul încheierii contractului, cumpărătorul dobândește proprietatea la momentul individualizării de către vânzător a bunului vândut. Atunci când obiectul contractului nu se realizează, din cauza inexistenței bunului antemenționat, contractul este nul. Face excepție de la această regulă, situația în care bunul dintr-un gen limitat nu se realizează din culpa vânzătorului, în această situație cumpărătorul îi poate solicita daune-interese. Și atunci când bunul viitor nu se realizează la termenul stabilit, vânzătorul va trebui să restituie integral prețul, iar pe lângă acesta poate să fie obligat de către cumpărător la achitarea de daune-interese pentru neexecutarea obligației asumate, dar contractul va rămâne valabil.

Din coroborarea art. 1657¹⁷ C. civ. cu art. 1229¹⁸ C. civ. reiese cerința că bunul trebuie să fie în circuitul civil. Regula în această situație este că toate bunurile sunt în circuitul civil.

Altă cerință este aceea că obiectul trebuie să fie licit și moral, adică în concordanță cu legea cât și cu regulile de conviețuire morală. Se sancționează cu nulitatea absolută contractele ce au un obiect ilicit sau imoral¹⁹.

Ca regulă generală, contractul de vânzare-cumpărare este unul translativ de proprietate²⁰, iar acest fapt creează condiția că bunul trebuie să se afle în patrimoniul/proprietatea vânzătorului.

Prețul contractelor este stabilit în bani, acesta fiind esența în cazul contractului de vânzare-cumpărare. Prețul este determinat de părți la momentul încheierii contractului. De asemenea, acesta trebuie să fie real și serios. Atunci când

¹⁵ Art. 1227 C. civ. „Contractul este valabil chiar dacă, la momentul încheierii sale, una dintre părți se află în imposibilitate de a-și executa obligația, afară de cazul în care prin lege se prevede altfel”.

¹⁶ Art. 1659 C. civ. „Dacă în momentul vânzării unui bun individual determinat acesta pierise în întregime, contractul nu produce niciun efect. Dacă bunul pierise numai în parte, cumpărătorul care nu cunoștea acest fapt în momentul vânzării poate cere fie anularea vânzării, fie reducerea corespunzătoare a prețului”.

¹⁷ Art. 1657 C. civ. „Orice bun poate fi vândut în mod liber, dacă vânzarea nu este interzisă ori limitată prin lege sau prin convenție ori testament”.

¹⁸ Art. 1229 C. civ. „Numai bunurile care sunt în circuitul civil pot face obiectul unei prestații contractuale”.

¹⁹ Art. 1779 alin. 1-2 C. civ. „Condițiile esențiale pentru validitatea unui contract sunt:

capacitatea de a contracta; consimțământul părților; un obiect determinat și licit; o cauză licită și morală.

În măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile” raportat la art. 1225 C. civ.

²⁰ Prin intermediul acestuia se transferă dreptul de proprietate de la vânzător la cumpărător, prin urmare vânzătorul trebuie să fie proprietarul bunului înstrăinat. Respectarea acestei cerințe constituie o condiție de validitate a obiectului.

prețul este simulat contractul de vânzare-cumpărare este anulabil²¹. În situația în care prețul este real și serios, contractul de vânzare-cumpărare este, în principiu valabil, chiar dacă prețul este mult inferior sau superior valorii reale a lucrului vândut, întrucât părțile sunt libere să determine prețul sub valoarea lucrului, echivalența fiind relativă, deoarece este raportată atât la valoarea lucrului cât și la subiectivismul părților.

De regulă, părțile trebuie să definească motivul pentru care se încheie contractul, sau potrivit doctrinei franceze preambulul. Contractul trebuie să fie încheiat conform condițiilor de validitate ale acestuia. Considerăm expunerea motivului, în cuprinsul conținutului contractului un aspect de noutate, deoarece părțile nu menționează doar faptul că una dorește să cumpere, iar cealaltă să vândă ci și însuși scopul acestora. De exemplu, în dreptul francez părțile, de regulă își expun foarte detaliat scopul pentru care se semnează contractul. În ceea ce privește contractele de vânzare-cumpărare, încheiate între profesioniști, situația stă puțin mai diferită, deoarece în cazul acestora un prim aspect al noutății constă în introducerea procesului de due-diligence în ceea ce constituie verificarea bunului ce face obiectul contractului, precum și a celorlalte părți co-contractante. Aspectele verificate în cadrul acestui proces diferă de la un contract la altul în funcție de acordul părților. Părțile pot agree să semneze contractul de vânzare-cumpărare, iar ulterior în funcție de rezultatul raportului de analiză să se efectueze plata prețului. Dacă raportul de analiză nu este satisfăcător acestea pot solicita rezoluțiunea acordului. Un alt aspect este acela că părțile pot încheia contracte la distanță prin intermediul comerțului electronic și folosind semnătura electronică.

Având în vedere, evoluția sistemului juridic continental, întâlnim, spre exemplu în dreptul francez, următoarele noutăți:

- la momentul încheierii unui contract de vânzare-cumpărare ce are ca și obiect un imobil, părțile au dreptul să vină fiecare cu notarul său pentru autentificarea documentului;
- datorită existenței unui sistem de cadastru general, notarul care autentifică contractul de vânzare-cumpărare nu solicită blocarea cărții funciare în care este înscris imobilul ce face obiectul contractului;
- una dintre părți poate să își înscrie imobilul dobândit prin încheierea contractului de vânzare-cumpărare, printr-o simplă cerere făcută către registrul de cadastru și publicitate imobiliară competent.

Considerăm că aspectele menționate anterior vor putea fi amendate treptat în legislația autohtonă.

²¹ Art. 1665 alin. 1-2 C. civ. „Vânzarea este anulabilă atunci când prețul este stabilit fără intenția de a fi plătit. De asemenea, dacă prin lege nu se prevede altfel, vânzarea este anulabilă când prețul este într-atât de disproporționat față de valoarea bunului, încât este evident că părțile nu au dorit să consimtă la o vânzare”.

DREPTUL LA DEMNITATE. O PERSPECTIVĂ JURISPRUDENȚIALĂ

The Right to Dignity. A Jurisprudential Perspective

Izabela BRATILOVEANU*

Rezumat: Ca noutate pentru un Cod civil român, după cum se menționează în *Expunerea de motive*, „Un titlu special (Titlul al V-lea, Cartea I) este consacrat protecției drepturilor personale nepatrimoniale prin mijloace juridice specifice”, or drepturile personalității ocupă un loc central în cadrul categoriei drepturilor personale nepatrimoniale ale persoanelor fizice. Odată cu redactarea art. 58 Cod civil, legislatorul român nominalizează expres dreptul la demnitate și îl include în lista drepturilor personalității, prin intermediul art. 72 alin. (2) C. civ. clarificându-se conținutul acestui drept prin referirile făcute la onoare și reputația persoanei. Orice atingere adusă dreptului la demnitate provoacă victimei suferințe morale (psihice) și o expune riscului de excludere din sfera socială, profesională și familială. Studiul nostru prezintă un examen al jurisprudenței instanțelor române în scopul de a contura tendințele și orientările în materia dreptului la demnitate.

Cuvinte-cheie: dreptul la demnitate; drepturile personalității; reglementare legală; jurisprudență.

Abstract: As a novelty for a Romanian Civil Code, as stated in the Explanatory Memorandum, „A special title (Title V, Book I) is devoted to the protection of personal non-property rights by specific legal means”, or the personality rights occupy a central place within the category of personal non-property rights of the natural persons. With the drafting of art. 58 Civil Code, the Romanian legislator expressly nominates the right to dignity and includes it in the list of personality rights, through art. 72 par. (2) Civil Code clarifying the content of this right by referring to the honor and the reputation of the person. Any prejudice brought to the right to dignity makes the victim feel moral (psychic) suffering and expose her to the risk of exclusion from the social, professional and family sphere. Our study presents an examination of the jurisprudence of the Romanian courts in order to outline trends and guidelines in the matter of the right to dignity.

Keywords: the right to dignity; personality rights; legal regulation; jurisprudence.

1. Introducere

Conceptul demnității umane are o istorie de 2.500 de ani¹. De-a lungul secolelor, a făcut obiectul preocupărilor a numeroși teologi și filosofi care au influențat evoluția sa. Dintre aceștia, „părintele conceptului modern al demnității omului”² este considerat a fi filosoful Immanuel Kant, cel care în lucrarea „*Fundamentele metafizicii moravurilor*” (1785) făcea următoarele considerații importante din perspectiva acestui studiu: „Respectul pe care îl port altuia sau cel pe care altul mi-l poate arăta (*observantia aliis praetenda*) este, de altfel, recunoașterea unei demnități (*dignitas*) la alți oameni, cum ar fi a unei valori care nu are preț, nici un echivalent, în schimbul căruia să poată fi schimbat obiectul prețuirii (*aestimii*). Judecarea unui lucru ca neavând nici o valoare este disprețul. Ca atare, orice om are pretenții îndreptățite la respect din partea semenilor săi, și reciproc, el este obligat, de asemenea, să-l respecte pe fiecare dintre ei”³. În opinia filosofului german, trufia, calomnia și batjocura sunt viciile ce lezează datoria respectului față de alți oameni. Potrivit filosofului de la Königsberg, omul trebuie privit ca scop în sine, nu doar ca mijloc pentru a fi folosit de o altă voință după bunul plac⁴.

Conceptul demnității umane a lipsit din peisajul normativ până la mijlocul sec. XX când faptele abominabile comise de naziști în timpul conflagrației și evoluția spectaculoasă a științelor biomedicale au avut o rezonanță puternică la nivel mondial și „au suscitată temerea – că putem nega omul în însăși esența sa – și o apărare – protecția, prin intermediul demnității”⁵. Schimbarea a început o dată cu adoptarea în 1948 a Declarației universale a drepturilor omului⁶, care după ce afirmă 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” stipulează în art. 1 că „Toate ființele umane se nasc libere și egale în demnitate și în drepturi”. Demnitatea umană a devenit un concept central nu doar în instrumentele internaționale adoptate în materia drepturilor omului, ci și în multe constituții

* Doctor, Facultatea de Drept, Universitatea din Craiova; Avocat, Baroul Dolj; e-mail: bratiloveanuisabela@yahoo.com.

¹ Barak A., *Human dignity. The constitutional value and the constitutional right*, Cambridge University Press, U.K., 2015, p. XVII.

² Boggetti G., *The concept of human dignity in European and U.S. constitutionalism*, în Nolte G., *European and U.S. Constitutionalism. Science and Technique of Democracy* nr. 37/2005, p. 75.

³ Kant I., *Metafizica moravurilor*, Ed. Antaios, Oradea, 1999, p. 257.

⁴ Interdicția de instrumentalizare a ființei umane.

⁵ Edelman B., *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D.1997, chron, p. 186.

⁶ https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/rom.pdf.

moderne⁷. Constituția României⁸ conține două mențiuni privind demnitatea: ca valoare supremă a statului român [art. 1 alin. (3)]⁹ și ca limită a libertății de exprimare [art. 30 alin. (6)]¹⁰.

2. Dreptul la demnitate

Codul Civil actual¹¹ aduce numeroase elemente de noutate în raport cu Codul civil de la 1865, „adaptând normele civile realităților de astăzi și tendințelor legislative reformatoare manifestate în alte sisteme de drept”¹². Codul civil este primul act normativ ce consacră expres drepturile personalității. Art. 58 C. civ. enumeră ca drepturi ale personalității: dreptul la viață, la sănătate, la integritate fizică și psihică, la demnitate, la propria imagine, la respectarea vieții private. Lista drepturilor personalității rămâne deschisă, legiuitorul specificând că din această categorie mai fac parte „și alte drepturi recunoscute de lege”.

Art. 72 C. civ. cu denumirea generică „*Dreptul la demnitate*” prevede că „(1) Orice persoană are dreptul la respectarea demnității sale. (2) Este interzisă orice atingere adusă onoarei și reputației unei persoane, fără consimțământul acesteia ori fără respectarea limitelor prevăzute la art. 75”. Legiuitorul român nu definește demnitatea¹³, limitându-se la a proclama existența dreptului la demnitate și a-i preciza conținutul format din onoare și reputația persoanei. Onoarea este acel sentiment complex, determinat de percepția pe care fiecare om o are despre demnitatea sa, dar și despre modul în care ceilalți o percep sub acest aspect, iar reputația reprezintă expresia socială a aceluiași întreg, dobândită prin modul în care persoana este percepută în viața privată sau socială, ca urmare a comportamentului său. Orice atingere adusă dreptului la demnitate provoacă victimei suferințe morale (psihice) și o expune riscului de excludere din sfera socială, profesională și familială.

Persoana al cărei drept la demnitate a fost încălcat are la dispoziție următoarele acțiuni: acțiunea în încetarea încălcării și interzicerea încălcării pentru viitor, dacă aceasta durează încă [art. 253 alin. (1) lit. b) C. civ.] și acțiunea în constatarea caracterului ilicit al faptei, dacă tulburarea pe care a produs-o subzistă [art. 253 alin. (1) lit. c) C. civ.].

De asemenea, cel care a suferit o încălcare a dreptului la demnitate poate cere instanței să-l oblige pe autorul faptei să îndeplinească orice măsuri socotite necesare de către instanță, cum sunt:

a) Obligarea autorului, pe cheltuiala sa, la publicarea hotărârii de condamnare [art. 253 alin. (3) lit. a) C. civ.]. Se impune a evidenția că în funcție de circumstanțele cauzei, o astfel de măsură poate fi nepotrivită, putând chiar să prejudicieze victima și mai mult. Într-o cauză¹⁴, reclamanta I.S. a chemat în judecată pe pârâta C.A. solicitând ca prin hotărârea ce se va pronunța să se constate caracterul ilicit al faptei săvârșite, să fie obligată pârâta, pe cheltuiala sa, la publicarea hotărârii de condamnare și la plata sumei de 5.000 lei pentru repararea prejudiciului nepatrimonial. În motivarea cererii, reclamanta a arătat că la data de 10.04.2013, pârâta a formulat plângere la poliție prin care sesiza faptul că reclamanta în calitate de profesor de limba română ar fi săvârșit infracțiunea de fals material în înscrisuri oficiale, modificând unei eleve două note de 4 în două note de 8. Parchetul de pe lângă Judecătoria Corabia a dispus clasarea cauzei constatând că fapta nu există. Ulterior, pârâta a adresat Ministerului Educației Naționale un memoriu privind aceeași faptă ce a fost înaintat spre verificare și soluționare Inspectoratului Școlar Județean Olt, iar acesta din urmă a încunoștințat-o pe pârâta că afirmațiile din memoriu sunt nefondate. Instanța de fond a reținut că, la data de 19.02.2015, pârâta a afișat pe ușa școlii partea finală din ordonanța emisă de către Parchetul de pe lângă Tribunalul Olt. Instanța a precizat că înscrisul afișat cuprindea aspecte privind o cauză penală care la momentul respectiv putea fi în derulare cât și faptul că procurorul de caz considerase util sesizarea Inspectoratului Școlar Județean pentru a se pronunța cu privire la eventuale abateri ori încălcări ale deontologiei profesionale, iar cercetările disciplinare nu erau finalizate. Pe bună dreptate, instanța de fond a respins capătul de cerere privind obligarea pârâtei, pe cheltuiala sa, la publicarea hotărârii de condamnare deoarece s-a considerat că prin publicarea stării de fapt reținute în cuprinsul considerentelor hotărârii într-un ziar cotidian cu acoperire națională s-ar fi conferit o amploare crescută și un impact mediatic puternic, cu posibile consecințe negative pentru reclamantă.

b) Orice alte măsuri socotite necesare pentru încetarea faptei ilicite sau pentru repararea prejudiciului cauzat [art. 253 alin. (3) lit. b) C. civ.]. O altfel de măsură a fost dispusă de Judecătoria Timișoara¹⁵ într-o cauză în care pârâta a trimis un e-mail tuturor locatarilor din cadrul unui incubator de afaceri, conținând cuvinte indecente la adresa

⁷ Klein E., Kretzmer D., *Foreword*, în Kretzmer D., Klein E., *The concept of human dignity in human rights discourse*, Kluwer Law International, Netherlands, 2002, p.v.

⁸ Republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

⁹ Pentru dezvoltări, a se vedea Dănișor D.C., Dănișor Ghe., *Demnitatea omului: valoarea supremă a statului român*, Revista de Științe Juridice nr. 29(1)/2004, p. 5, Dănișor D.C., *Constituția României comentată. Principii generale*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, pp. 51-61.

¹⁰ Conform art. 30 alin. (6), „Libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viața particulară a persoanei și nici dreptul la propria imagine”.

¹¹ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

¹² Expunere de motive.

¹³ Despre dificultatea elaborării unei definiții, a se vedea și Chelaru E., *Drepturile personalității în reglementarea noului Cod civil*, în Dreptul nr. 10/2011, p. 54.

¹⁴ Judecătoria Corabia, Sentința civilă nr. 58 din 22 ianuarie 2016.

¹⁵ Judecătoria Timișoara, Sentința civilă nr. 3757 din 22 martie 2017.

reclamantului, instanța obligându-l pe pârât să-și ceară scuze față de reclamant prin trimiterea unui e-mail tuturor persoanelor care au primit e-mailul inițial, precum și la plata sumei de 1.500 lei daune morale. În altă cauză¹⁶, pârâtul a fost obligat la plata către reclamant a sumei de 30.000 lei daune morale și de asemenea, la prezentarea de scuze în mod public pe care pârâtul să le publice, pe cheltuiala proprie, în trei numere consecutive a două cotidiane cu acoperire națională. Pentru a pronunța această soluție, instanța a reținut în fapt că între administrația publică condusă de reclamant și pârât au existat mai multe litigii legate de folosința unor spații comerciale aflate la dispoziția unității administrative pe care pârâtul dorea să le exploateze. Pe fondul unor asemenea frustrări, pârâtul a făcut afirmații și a purtat mesaje inscripționate pe pancarte mari, vizibile în locuri publice și în special în apropierea Primăriei, care făceau referire la persoana reclamantului și aveau o natură denigratoare: „mardoii”, „hoț”, „cel mai prost primar din țară”, „primar incompetent și corupt”, „javră ordinară”, „(...) cel mai corupt primar din toate timpurile”. În altă cauză¹⁷, în motivarea cererii, reclamantul a arătat că urma să primească titlul de „Doctor Honoris Causa” pentru activitatea sa deosebită. Reclamantul a învederat instanței că, la data de 14 decembrie 2011, a fost anunțat de conducerea Universității „Z” că festivitatea de acordare a distincției urmează să fie amânată deoarece Senatul Universității a primit, la data de 13 decembrie 2011, o scrisoare din partea pârâtului, în care, printre alte insulte, se contesta legalitatea obținerii titlului de profesor universitar și de doctor. Instanța de fond a admis acțiunea și l-a obligat pe pârât la plata către reclamant a sumei de 1.000 euro, precum și la publicarea pe cheltuiala sa, a hotărârii de condamnare. De asemenea, în conformitate cu dispozițiile art. 253 alin. (3) lit. b) C. civ., instanța a considerat că pentru acoperirea prejudiciului este necesară trimiterea unei adrese către Universitatea „Z” în care să fie recunoscut de către pârât caracterul netemeinic și defăimător al afirmațiilor sale din scrisoarea trimisă către această instituție.

Jurisprudența ultimilor ani demonstrează reticența instanțelor române în aplicarea art. 253 alin. (3) lit. b) C. civ., deși în doctrină au fost preconizate unele măsuri pentru transpunerea în viață a acestei prevederi legale¹⁸.

În plus, potrivit art. 253 alin. (4) C. civ., persoana prejudiciată poate cere despăgubiri sau, după caz, o reparație patrimonială pentru prejudiciul, chiar nepatrimonial, ce i-a fost cauzat, dacă vătămarea este imputabilă autorului faptei prejudiciabile. În aceste cazuri, dreptul la acțiune este supus prescripției extinctive. Dreptul la acțiunea în răspundere civilă delictuală se prescrie în termenul general de prescripție de 3 ani, conform art. 2517 C. civ. Admitem și noi, alături de alți autori, că repararea prejudiciului cauzat nu poate avea ca efect restabilirea dreptului personalității afectat¹⁹. După cum s-a spus, demnitatea rănită, durerea provocată nu pot fi regenerate prin indemnizare care are un alt efect, acela de consolare, satisfacție etc.

Instanțele române au admis faptul că măsurile de natură nepatrimonială trebuie să aibă prioritate în raport cu cele pecuniare și numai dacă măsurile nepatrimoniale nu sunt suficiente, se va recurge la indemnizarea prejudiciului nepatrimonial cauzat de încălcarea dreptului la demnitate²⁰.

Instanțele sunt confruntate de cele mai multe ori cu cereri de acordare a unor sume de bani exagerat de mari, în unele cazuri cererile fiind nemotivate. La polul opus, sunt și reclamânți care își limitează pretențiile la 1 leu, caz în care reparația este una simbolică, deoarece nu rezultă efectiv din suma de bani acordată, ci din condamnarea în sine a autorului faptei ilicite pe care cel vătămat o consideră suficientă pentru restabilirea demnității sale²¹.

Pentru tema abordată, relevantă este o cauză în care pârâta U.I., timp de 7 luni, a trimis zeci de sms-uri și e-mail-uri cu conținut injurios, cu un grad ridicat de vulgaritate, prin care a adus numeroase acuzații nefondate la adresa reclamantei G.L.R.. E-mail-urile au fost adresate atât reclamantei G.L.R., cât și partenerilor de afaceri și altor persoane cunoscute din țară și din străinătate. Instanța de fond²² a admis acțiunea formulată de reclamantă și a constatat caracterul ilicit al faptelor pârâtei prin care aceasta a adus atingere onoarei și reputației reclamantei întrucât pârâta și după promovarea acțiunii la data de 26 septembrie 2012, a continuat săvârșirea faptelor ilicite; a obligat pârâta la încetarea săvârșirii faptelor prin care aceasta a adus atingere onoarei și reputației reclamantei, precum și de a se abține de a mai săvârși fapte de aceeași natură, indiferent de mijloace, în viitor; a obligat pârâta la publicarea, pe cheltuială proprie, a hotărârii judecătorești într-un cotidian de largă audiență, la rămânerea irevocabilă și la plata sumei de 20.000 euro daune morale. Se cuvine a sublinia că în speță, instanța de fond a stabilit că modalitatea de reparare a prejudiciului nepatrimonial cauzat este una mixtă, prin mijloace nepatrimoniale și patrimoniale. La stabilirea cuantumului compensațiilor bănești, prima instanță a avut în vedere limbajul vulgar și agresiv la adresa

¹⁶ Tribunalul Iași, Secția I civilă, Decizia nr. 1685 din 6 iunie 2014.

¹⁷ Judecătoria Sector 3 București, Secția civilă, Sentința civilă nr. 2616 din 22 februarie 2013, în Bozeșan V., Călin D., Mihăiță F., Militaru I., Pană D., *Limitele libertății de exprimare. Politicieni, jurnaliști, magistrați. Comentarii și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2014, pp. 447-449.

¹⁸ Cu privire la aceste măsuri, a se vedea Jugastru C., *Prejudiciul – repere românești în context european*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 220-225. Această chestiune a fost discutată de multă vreme în literatura de specialitate deoarece într-o formulare asemănătoare, art. 54 alin. (2) din Decretul nr. 31/1954 prevedea că persoana care a suferit o atingere a drepturilor sale nepatrimoniale „va putea cere instanței să oblige autorul faptei săvârșite fără drept să îndeplinească orice măsuri socotite necesare de către instanță, spre a se ajunge la restabilirea dreptului atins”.

¹⁹ Dumitriu R., *Aspecte privind respectul vieții private și al demnității persoanei (art. 70-77)*, în Uliescu M. (coordonator), *Noul Cod Civil. Studii și comentarii*, Vol. I, Cartea I și Cartea a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 289.

²⁰ Î.C.C.J., Secția I civilă, Decizia nr. 2379 din 25 septembrie 2014.

²¹ În acest sens, a se vedea Tribunalul Vâlcea, Sentința civilă nr. 59 din 26 ianuarie 2010.

²² Judecătoria Timișoara, Sentința civilă nr. 2426 din 19 februarie 2013.

reclamantei, numărul impresionant al mesajelor defăimătoare și compromiterea acesteia pe plan profesional și social. Pârâta a declarat apel. Tribunalul Timișoara²³ a constatat că pârâta U.I. a fost sancționată prin sentința apelată în trei modalități care sunt permise de Codul civil actual, dar se impune modificarea în parte a două dintre acestea, sub aspectul individualizării lor. Cu justete instanța de apel a dispus obligarea pârâtei de a publica exclusiv considerentele și dispozitivul deciziei de apel, motivând că publicarea hotărârii de fond ar determina diseminarea cuvintelor defăimătoare la adresa reclamantei, conducând, pe cale de consecință, la vătămarea reputației acesteia. Instanța de apel a redus cuantumul daunelor morale la 2.000 euro, cu motivarea că, deși cuvintele adresate reclamantei sunt grave și în număr mare, nu se justifică obligarea pârâtei la 20.000 euro așa cum a solicitat reclamanta prin acțiunea introductivă. Într-adevăr, un cuantum de 20.000 euro este disproporționat de mare raportat la datele speței, ducând mai degrabă la o îmbogățire fără justă cauză a părții în favoarea căreia a fost dispusă. Recursurile părților au fost respinse²⁴.

În general, instanțele române manifestă tendința de a-și motiva hotărârile pronunțate în cauzele privind dreptul la demnitate prin referiri la interpretarea instanței de la Strasbourg. România a ratificat Convenția Europeană a Drepturilor Omului și Protocoalele adiționale la această convenție prin legea nr. 30/1994²⁵. Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, în calitate de unic interpret oficial al Convenției, are forță obligatorie pentru autoritățile statului român, în virtutea art. 11 alin. (1) și (2), coroborat cu art. 20 din Constituție, prin raportare la art. 19, 32 și 46 din Convenție²⁶. În ceea ce privește modul de selectare de către instanțe a jurisprudenței Curții de la Strasbourg, trebuie subliniat că sunt importante nu numai similitudinile din perspectiva situației de fapt, ci trebuie avut în vedere mai ales raționamentul dezvoltat de Curtea Europeană în ceea ce privește ipotezele în raport de care se analizează ingerința în drepturile convenționale în raport de scopul urmărit²⁷.

Astfel, într-o cauză, reclamantul A a chemat în judecată pe pârâții B, C și S.C. D. S.A. solicitând instanței să dispună obligarea acestora la plata sumei de 5.000.500 euro reprezentând daune morale, precum și la publicarea hotărârii în trei ziare de circulație națională. Reclamantul a învederat instanței că suma solicitată a fost calculată însumând media persoanelor care au vizionat fiecare emisiune „S.Z.” la momentele la care s-au făcut afirmațiile care îl lezează. Instanța de fond a admis în parte cererea formulată de reclamant, a obligat pârâții în solidar la plata către reclamant a sumei de 10.000 euro, precum și la publicarea hotărârii judecătorești la momentul rămânerii definitive în trei ziare de circulație națională²⁸.

Instanța de apel a admis apelul formulat de pârâți, a schimbat în tot sentința apelată și a respins cererea de chemare în judecată ca neîntemeiată²⁹. Pentru a decide astfel, instanța s-a raportat la criteriile desprinse din jurisprudența instanței de la Strasbourg, și anume: relația dintre dreptul la libertatea de exprimare (art. 10) și dreptul la viață privată (art. 8); calitatea sau notorietatea persoanei supuse criticii jurnalistice; stilul jurnalistic, forma și contextul în care este transmis mesajul; interesul public pentru tema dezbătută de jurnalist; buna-credință a jurnalistului; raportul dintre judecăți de valoare și fapte materiale concrete, respectiv doza de exagerare specifică limbajului jurnalistic. După fixarea limitelor analizei, instanța de apel a procedat în mod concret la verificarea respectării acestora în litigiul dedus judecății, potrivit criteriilor de apreciere enunțate.

În analiza limitelor privind libertatea de exprimare, trebuie pornit de la demersul de calificare a discursului ca referindu-se la fapte sau, dimpotrivă, la judecăți de valoare, precum și de la atitudinea subiectivă a autorului în momentul comiterii faptei³⁰. Într-o jurisprudență constantă, Curtea Europeană distinge între afirmarea unor fapte și cea a unor judecăți de valoare, afirmând că „dacă materialitatea primelor se poate dovedi, cele din urmă nu se pretează la o demonstrație a exactității lor”³¹. Însă, chiar și atunci când o declarație a unui ziarist constituie o judecată de valoare, o asemenea „judecată” făcută fără nici o bază factuală poate să apară ca excesivă și, deci, să se situeze în afara protecției conferite de art. 10 libertății de exprimare³².

Instanța de apel a reținut că baza factuală este probată cu articolul publicat în Revista Psihologia nr. 7/2005, în care reclamantul a afirmat că deține capacități care nu sunt obișnuite, articolul conținând totodată opinii ale reclamantului privind posibilitatea accesării transcendentului, citirea viitorului, flash-uri premonitorii, vindecarea bolilor prin modificarea conștiinței sau transfer energetic. De asemenea, lucrarea „Percepții Extrasenzoriale” al cărei autor este reclamantul, are ca subiect fenomene paranormale, fiind dezbătute teme precum percepția extrasenzorială și diagnoza energetică, adică o varietate de fenomene care ies din sfera obișnuitului. În plus, instanța a reținut că

²³ Tribunalul Timișoara, Decizia civilă nr. 460 din 4 iunie 2013.

²⁴ C.A. Timișoara, Secția I civilă, Decizia nr. 1521 din 12 noiembrie 2013.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994.

²⁶ Chiriță R., *Convenția europeană a drepturilor omului, comentarii și explicații*, ed. 2, Ed. C.H. Beck, București, pp. 35-38.

²⁷ A se vedea și Î.C.C.J., Secția I civilă, Decizia nr. 2113 din 8 noiembrie 2016.

²⁸ Tribunalul București, Secția a IV-a civilă, Sentința civilă nr. 1549 din 16 decembrie 2015.

²⁹ C.A. București, Decizia nr. 129/A din 15 februarie 2017.

³⁰ Bozeșan V., Călin D., Mihăiță F., Pană F., *op. cit.*, p. 330.

³¹ Cauza Lingens c. Austriei, cerere nr. 9815/82, Hotărâre din 8 iulie 1986, par. 46.

³² Bîrsan C., *Convenția europeană a drepturilor omului. Comentariu pe articole. Vol. I. Drepturi și libertăți*, Ed. C.H. Beck, București, 2005, p. 745.

notorietatea reclamantului rezultă din articolele de presă depuse la dosar, critica acceptată față de acesta fiind mai mare decât în cazul unei persoane necunoscute. Instanța a relevat că termenul „vrăjitor” nu are neapărat conotație negativă, fiind asociat cu puterile supranaturale, chiar reclamantul menționând într-un interviu din 2015 că deține puteri neobișnuite. Instanța de apel a argumentat că lipsa de încredere în fenomene paranormale a jurnaliștilor, care au prezentat într-un stil satiric atitudinea politicienilor din campania electorală și incidental au adus în discuție și convingerile reclamantului față de subiect, nu intră în categoria unui atac grav împotriva reputației sale. În esență, informațiile prezentate avuseseră ca obiect politicieni și concepția acestora față de paranormal, tema dezbătută fiind de interes public. Se menționează că libertatea jurnalistică include, de asemenea, și recurgerea la o posibilă doză de exagerare, ori chiar de provocare, în categoria căreia intră și utilizarea cuvântului „vrăjitor”. Instanța de apel a mai reținut că, deși tonul folosit în emisiune a fost de ușoară persiflare, judecățile de valoare pe care le-au făcut jurnaliștii la adresa reclamantului au avut o bază factuală suficientă. În consecință, instanța de apel a considerat că subiectul central al emisiunii nu a fost reclamantul, iar reticența jurnaliștilor față de paranormal nu a avut semnificația unui plan de denigrare a reclamantului, ale cărui preocupări cuprind acest domeniu. Instanța supremă a respins recursul ca nefondat³³.

În practica judiciară, problema cea mai dificilă este cea a evaluării compensațiilor bănești în cazul încălcării dreptului la demnitate. Legislația română nu cuprinde nicio indicație în această privință. Literatura juridică a subliniat că în cazul prejudiciului nepatrimonial cauzat prin mass-media, instanța va lua în considerare gravitatea afirmațiilor făcute, modul în care aceste afirmații au fost aduse la cunoștința publicului, credibilitatea ziarului care a realizat publicarea, poziția socială și profesională a persoanei vizate³⁴. Într-o altă opinie³⁵, s-a considerat că mai întâi se apreciază prejudiciul nepatrimonial și ulterior, în raport cu acesta, se stabilește quantumul despăgubirilor în compensare. Autoarea apreciază că atingerile aduse demnității, onoarei și reputației pot fi evaluate prin prisma repercusiunilor prejudiciului asupra situației sociale, profesionale și familiale a victimei (criteriu orientativ special), iar importanța valorii lezate și personalitatea victimei sunt criterii orientative generale, valabile pentru toate prejudiciile nepatrimoniale.

În acord cu opiniile exprimate la nivel doctrinar, s-a conturat și practica instanței supreme. În Decizia nr. 1657/24.02.2011, Secția I civilă a Î.C.C.J. reținut că în timp ce drepturile patrimoniale au un conținut economic, evaluabil în bani, ce poate determina cuantificarea prejudiciului material, drepturile nepatrimoniale au un conținut ce nu poate fi exprimat material deoarece vizează componente ale personalității umane precum dreptul la viață, la integritate fizică, la onoare și demnitate. Însă, a adăugat că despăgubirea bănească acordată pentru repararea unui prejudiciu nepatrimonial are ca destinație să acorde persoanei lezate o satisfacție și nu poate refuzată din cauza imposibilității, cu totul firești, de stabilire a unei concordanțe valorice exacte între quantumul său și gravitatea prejudiciului. Pe drept cuvânt s-a argumentat că repararea daunelor morale trebuie înțeleasă într-un sens mai larg, ca un complex de măsuri nepatrimoniale și patrimoniale, al căror scop este acela ca, raportat la particularitățile fiecărui caz în parte, să ofere victimei o anumită satisfacție sau ușurare pentru suferințele îndurate. Potrivit instanței supreme, cuantificarea valorică trebuie admisă printre măsurile de reparare a prejudiciilor nepatrimoniale în virtutea aceluiași rațiuni pentru care sunt admise și așa-zisele mijloace adecvate de natură nepatrimonială și anume pentru faptul că oferă persoanei lezate o compensație pentru răul suferit, care poate fi nu atât un efect al sumei acordate – fără ca acest aspect să fie de neglijat – cât al simplului fapt că despăgubirea i-a fost recunoscută și acordată. Înalta Curte menționează în jurisprudența sa că „în materia daunelor morale, principiul reparării integrale a prejudiciului nu poate avea decât un caracter aproximativ, având în vedere natura acestor daune, imposibil de echivalat bănește”³⁶.

Următoarea speță evidențiază criteriile luate în considerare la adoptarea hotărârii privind „repararea”³⁷ prejudiciului nepatrimonial consecutiv încălcării dreptului la demnitate. În mod corect, în cauză³⁸, instanța supremă a decis că nemotivarea părții din decizia instanței de apel prin care s-a stabilit quantumul daunelor morale constituie motiv de casare și trimitere a cauzei spre rejudecare. Sub acest aspect, instanța supremă a reținut că instanța de apel a făcut trimitere exclusiv la hotărâri C.E.D.O. și jurisprudență a instanțelor române prin care au fost acordate daune morale pentru arestare nelegală, fără să se determine quantumul despăgubirilor prin raportare la circumstanțele concrete ale cauzei. În privința criteriilor de stabilire a compensațiilor bănești, instanța de recurs a iterat că acestea se stabilesc prin aprecierea subiectivă a judecătorului, dar având în vedere anumite criterii obiective rezultând din cazul concret dedus judecății, în funcție de consecințele negative suferite de victimă pe plan fizic și psihic, importanța valorilor lezate, măsura în care au fost lezate aceste valori, intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării, măsura în care i-a fost afectată situația familială, profesională și socială. Instanța a notat că trebuie respectat

³³ Î.C.C.J., Secția I civilă, Decizia nr. 862 din 16 martie 2018.

³⁴ Mîndrilă N., *Prejudiciul moral cauzat prin mass-media*, în *Dreptul* nr. 2/2009, p. 64.

³⁵ Juguștru C., *op. cit.*, p. 233.

³⁶ Î.C.C.J., Secția I civilă, Decizia nr. 1117 din 2 aprilie 2014.

³⁷ În doctrină s-a precizat clar că în această materie „este inexact a spune că repari, dar a pretinde ca reparația să fie integrală este un nonsens”. Pentru detalii, a se vedea Vintilă Ghe., Furtună C., *Daunele morale. Studiu de doctrină și jurisprudență*, Ed. All Beck, București, 2002, p. 80.

³⁸ Î.C.C.J., Secția I civilă, Decizia nr. 2445 din 23 aprilie 2013.

și criteriul general menționat de C.E.D.O. conform căruia despăgubirile trebuie să reprezinte un raport rezonabil de proporționalitate cu atingerea adusă dreptului la viață privată, având în vedere și gradul de lezare a valorilor sociale ocrotite, intensitatea și gravitatea atingerii aduse acestora. Quantumul despăgubirilor trebuie stabilit astfel încât să se obțină satisfacția echitabilă a victimei, dar și împiedicarea realizării, continuării sau repetării faptelor dăunătoare. Toate criteriile expuse anterior se subordonează cerinței aprecierii rezonabile, pe o bază echitabilă, corespunzătoare prejudiciului real și efectiv produs. Instanța de recurs a subliniat că *toate aceste criterii trebuie raportate la elementele specifice ale cauzei care trebuie identificate în mod concret prin raportare la situația de fapt evidențiată prin probatoriile administrate*.

La determinarea quantumului compensațiilor bănești, instanțele de judecată vor ține seama de toate circumstanțele cauzei. Raportat la situația particulară din speța de mai sus, s-a arătat că instanța de apel trebuia să se raporteze, cu titlu exemplificativ, la gravitatea afirmațiilor făcute de pârât, modalitatea de săvârșire a faptei, gradul de afectare a prestigiului profesional și a personalității morale, consecințele faptei ilicite, modul de comunicare utilizat, calitatea pârâtului de jurnalist, comportamentul public anterior al reclamantei, încălcarea mai multor componente ale dreptului la viață privată (dreptul la propria imagine, dreptul la demnitate și a dreptul la viața de familie).

Dacă în practica judiciară veche, instanțele nu erau datoare să dea nici o motivare în ceea ce privește determinarea quantumului compensațiilor bănești³⁹, în prezent o astfel de poziție jurisprudențială nu mai poate fi susținută. La rândul lor, cei care se consideră lezați trebuie să învedereze instanței în ce constă prejudiciul nepatrimonial suferit și să aducă cât mai multe dovezi deoarece „cu cât aceste elemente vor fi mai numeroase, mai concludente și mai verosimile, cu atât judecătorii vor avea posibilitatea de a fixa un echivalent mai corespunzător suferințelor morale suferite. Aprecierea judecătorilor în această materie este suverană, cu îndatorirea însă de a-și motiva hotărârea”⁴⁰.

Astfel de situații s-au ivit și în practica judiciară. Într-o cauză, reclamantul B.D. a solicitat obligarea pârâților C.L.D. și S.C. CEO S.A. la plata sumei de 2.000.000 lei cu titlu de daune morale și la publicarea, pe cheltuiala acestora, hotărârii pronunțate în 2 numere consecutive într-un ziar cu acoperire națională ca urmare a unui comunicat de presă emis de directoratul CEO S.A. Apreciem că întemeiat instanța de fond a respins acțiunea reclamantului, apelul fiind respins ca nefondat. Din motivarea instanței de apel, reținem următoarele: „În funcție de antrenarea răspunderii civile delictuale, este adevărat că în situația lezării valorilor umane legate de demnitate, prestanță în societate, perceperea pregătirii profesionale, important este a se stabili existența faptei ilicite, dar pentru acordarea unor daune morale este necesar ca cel care le pretinde să prezinte un minim de argumente și indicii cu care să demonstreze în ce măsură drepturile personale nepatrimoniale i-au fost afectate. Din acest punct de vedere, instanța a constatat că este necesară existența unor elemente probatorii de natură a permite instanței să identifice anumite criterii de evaluare a întinderii prejudiciului moral, nefiind suficient a se da instanței libertate totală de exprimare bazată pe gradul de percepere a judecătorului al universului psihic al fiecărei persoane”⁴¹. În speță, reclamantul a considerat că este suficient să probeze fapta ilicită (conținutul ironic și persuasiv al comunicatului cu privire la persoana sa), însă nu a precizat în ce constă prejudiciul nepatrimonial suferit și nici nu a solicitat probe concrete cu care să demonstreze în ce mod a fost afectat. S-a argumentat că din actele existente la dosar rezulta că din punct de vedere profesional, acesta nu a întâmpinat dificultăți, ulterior publicării comunicatului îndeplinind funcția de director adjunct al Suc. DM Târgu Jiu, tocmai ca o recunoaștere a profesionalismului său.

Alteori, se poate vorbi de o ușurare a sarcinii probei, proba faptei ilicite fiind suficientă, prejudiciul și raportul de cauzalitate fiind deduse din simpla existență a faptei ilicite de natură să producă un asemenea prejudiciu și a împrejurărilor în care a fost săvârșită, soluția fiind justificată de caracterul subiectiv, intern al prejudiciului moral, proba sa directă fiind practic imposibilă. Într-o cauză, pe fondul unor dispute anterioare între părți, pârâtul C a făcut o serie de afirmații despre reclamantul A în public, la un post de televiziune, afirmații preluate ulterior și de alte publicații. Pârâtul a declarat: „Nu înțeleg cum acest om, A, este lăsat în libertate! Este agent SS dovedit, a omorât evrei! Fraților, voi nu înțelegeți! Omul acesta a omorât evrei și este liber! Arestați-l! A dat ce a dat prin Germania și îl lasă în pace, dar nu înțeleg ce face Mossadul! Au prins toți agenții de prin America și ăsta stă bine merci (...)”. Reținând că sunt îndeplinite condițiile răspunderii civile delictuale, instanța de fond⁴² a admis acțiunea și l-a obligat pe pârât la 1.000.000 lei daune morale. Curtea de Apel București, Secția a IV-a civilă⁴³ a admis apelul pârâtului și a modificat hotărârea sub aspectul întinderii daunelor morale acordate pe care le-a cuantificat la suma de 2.500 lei, alături de recunoașterea prin hotărâre că afirmațiile pârâtului C au un caracter scandalos și neadevărat. Motivându-și soluția, instanța de apel a reținut că afirmațiile pârâtului au fost mai degrabă o izbucnire colerică a acestuia, care nu era în măsură să nască îndoieli referitor la o presupusă veridicitate a acestora. S-a argumentat că afirmațiile făcute de pârât fiind în mod vădit neverosimile și neserioase, cu greu puteau fi crezute de cineva. În plus, vârsta reclamantului

³⁹ În acest sens, Turianu C., *Insulta și calomnia prin presă*, Ed. All Beck, București, 2000, p. 155.

⁴⁰ Tanoviceanu I., *Tratat de procedură penală*, ed. a 2-a, vol. IV, Tipografia „Curierul judiciar”, București, 1924, p. 315.

⁴¹ C.A. Craiova, Secția I civilă, Decizia nr. 3698 din 6 septembrie 2016.

⁴² Tribunalul București, Secția a V-a civilă, Sentința civilă nr. 1291 din 4 noiembrie 2014.

⁴³ Decizia nr. 413/A din 23 septembrie 2015.

facea imposibilă participarea la acțiunile regimului nazist din Germania. Instanța de apel a considerat că prejudiciul constă în aceea că pârâtul a reușit să-l târască pe reclamant în zona trivialului și să-l asocieze scandalului public. Recursurile părților au fost respinse ca nefondate⁴⁴. Dată fiind natura prejudiciului moral, Înalta Curte a apreciat că nu era necesar a se proba fără dubiu și fără echivoc împrejurarea că ar fi fost deteriorată în vreun fel buna reputație a reclamantului A (persoană publică, cu o anumită notorietate și care se bucură de un anumit prestigiu) în contextul în care pârâtul C, prin afirmațiile sale cu caracter scandalos și neadevărat, făcute în cadrul unei campanii de denigrare desfășurată la nivel foarte extins, pe posturi de televiziune și în presă, a produs o atingere semnificativă a valorilor ce definesc personalitatea umană, „atacul” atingând un anumit nivel de gravitate, apt a produce consecințe negative pe plan moral victimei.

3. Concluzii

Art. 58 C. civ. reunește sub denumirea de „*Drepturi ale personalității*” o listă de drepturi care include dreptul la demnitate. Persoana care pretinde că i-a fost lezat dreptul la demnitate are la dispoziție acțiunile defensive și reparatorii prevăzute de art. 253 C. civ. Jurisprudența este pusă în fața problemei legate de indemnizarea prejudiciului nepatrimonial consecutiv încălcării dreptului la demnitate, îndelung dezbătută în doctrina română și străină. În prezent, este expres și clar reglementată în art. 253 alin. (4) C. civ. posibilitatea de a se recurge la despăgubirile prin echivalent bănesc, în cazul în care măsurile cu caracter nepatrimonial nu sunt suficiente. În jurisprudența examinată, am identificat tendința persoanelor care se consideră lezate de a solicita sume exorbitante ceea ce demonstrează neînțelegerea de către acestea a conceptului de daune morale. Considerăm că dacă în trecut, stabilirea daunelor morale era lăsată la aprecierea discreționară a instanțelor, care nu erau datoare să arate motivele care au stat la determinarea cuantumului daunelor⁴⁵, în prezent o astfel de poziție nu mai poate fi susținută, iar instanțele de judecată trebuie să motiveze existența, gravitatea prejudiciului și să indice criteriile de stabilire a cuantumului despăgubirilor în compensare. În numeroase soluții de speță, instanțele române și-au motivat hotărârea pronunțată pe soluțiile jurisprudențiale ale Curții de la Strasbourg direct aplicabile în sistemul român de drept.

⁴⁴ Î.C.C.J., Secția I civilă, Decizia nr. 153 din 27 ianuarie 2016.

⁴⁵ Comănescu I., Pașalea D., Stoienescu I., *Contribuția practicii judiciare la dezvoltarea unor principii ale dreptului civil socialist*, în Justiția nouă nr. 4/1963, p. 41.

DREPTUL LA VIAȚĂ PRIVATĂ. CONTURAREA UNOR NOȚIUNI, CA URMARE A JURISPRUDENȚEI C.E.D.O. ȘI C.J.U.E.

Right to Private Life. Shaping of Notions Following the Jurisprudence of C.E.D.O. and C.J.U.E

Adrian Milutin TRUICHICI*, Luiza NEAGU**

Rezumat: Noțiunile „viață privată” și „subiect de interes public” reprezintă sintagme frecvent întâlnite în jurisprudența C.E.D.O. și C.J.U.E., instanțele europene oferind practic o dezlegare, o implementare a acestor noțiuni. Ulterior, aceste hotărâri de mare însemnătate în domeniul apărării drepturilor nepatrimoniale, au constituit puncte de pornire pentru legiuitorul român. În Vechiul Cod civil român, drepturile nepatrimoniale nu erau reglementate, deși în jurisprudența C.E.D.O. și C.J.U.E. acestea erau prezente și de mare interes. Pentru a răspunde nevoilor unei societăți dinamice, legiuitorul român a adus un element de noutate în Noul Codul civil, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, reglementând, pentru prima dată, drepturile personalității. Articolul 58 din Noul Cod civil consacră în mod expres, pentru prima dată în dreptul român, drepturile personalității. Acest element de noutate reprezintă dovada clară a faptului că jurisprudența influențează în mod direct dreptul. Astfel, actualul drept reprezintă, în cazuri particulare, cum este exemplul drepturilor personalității, o creație a judecătorului, ulterior legiferată.

Cuvinte-cheie: Viață privată, drepturile personalității, dreptul la libera exprimare, subiect de interes public, prejudiciu moral.

Abstract: The concepts of „private life” and „subject of public interest” are syntagms frequently encountered in the case law of C.E.D.O. and C.J.U.E., with European courts offering practically a loosening, an implementation of these notions. Subsequently, these important decisions in the field of non-patrimonial rights protection constituted starting points for the Romanian legislator. In the Old Romanian Civil Code, non-patrimonial rights were not regulated, although in the case law of C.E.D.O. and C.J.U.E. they were present and of great interest. To meet the needs of a dynamic society, the Romanian legislature brought a novelty element in the New Civil Code, which entered into force on 1 October 2011, regulating for the first time the rights of personality. Article 58 of the New Civil Code explicitly enshrines, for the first time in Romanian law, the rights of personality. This novelty is the clear proof that jurisprudence directly influences the right. Thus, the present law represents, in particular cases, the example of the rights of personality, a creation of the judge, later legalized.

Keywords: Private life, rights of personality, right to free expression, subject of public interest, moral prejudice.

De-a lungul timpului, după cum spunea Henry Ward Beecher, legea a reprezentat efortul omului de a organiza societatea și garanția faptului că cetățenii vor fi onești unii cu alții, așa cum spunea Aristotel.

Întrucât societatea este în permanentă schimbare, pentru a răspunde imperativelor unui prezent dinamic, realităților vii, sunt promovate soluții noi, sunt revizuite instituții devenite clasice, sunt puse în valoare principii recunoscute în plan internațional, dar care nu au fost încă implementate în spațiul românesc. Și, cel mai important, se implementează dezlegările oferite de jurisprudență unor noțiuni și concepte noi, adaptând normele civile realităților de astăzi și tendințelor legislative reformatoare manifestate în alte sisteme de drept.

Implementarea acestor noi concepte presupune operarea, în prealabil, a numeroase și substanțiale modificări instituționale, dar și o atentă revizuire a cadrului normativ special ce constituie astăzi izvorul de drept al acestei materii.

Sintagma „drepturile personalității” reprezintă o creație a jurisprudenței C.E.D.O., o noțiune sedimentată, dar care se află într-o continuă evoluție, pe măsură ce drepturile omului se dezvoltă în „atelierul” C.E.D.O. Din acest motiv, ori de câte ori este în discuție unul dintre drepturile personalității, este necesar să facem trimitere la jurisprudența C.E.D.O. Examenul jurisprudenței europene în această materie demonstrează tendința Curții de a transforma dorințele omului în veritabile drepturi ale omului și ale personalității: dreptul la respectarea vieții private; dreptul la demnitate; dreptul la imagine; dreptul la onoare; dreptul la un proces echitabil; dreptul de a nu suferi tratamente inumane; dreptul la căsătorie și la întemeierea unei familii; dreptul la nume; dreptul la prenume; dreptul la grevă; dreptul la contracepție și avort; dreptul unui deținut de a nu suporta tabagismul; dreptul la electricitate; dreptul la libera orientare sexuală; dreptul la practicarea sadomasochismului; dreptul de a avea copii; dreptul la fericire; dreptul la schimbarea de sex;

* Conf. univ. dr. la Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu”; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Avocat, Baroul București; e-mail: adrian_truichici@yahoo.com.

** Doctor în drept; Avocat, Baroul București; e-mail: cabinetavocatura@yahoo.com.

dreptul la timp liber; dreptul la educație; dreptul la divorț; dreptul la autonomie etc. Însă, evoluția drepturilor personalității în laboratorul Curții a fost determinată și de multiplicarea atingerilor aduse vieții private, progresele tehnice, științifice, ale medicinei în special¹.

Printre drepturile fundamentale care pot fi astfel protejate figurează dreptul la respectarea vieții private, consacrat la articolul 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului și care decurge din tradițiile constituționale comune statelor membre și este reafirmat la articolul 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, proclamată la Nisa la 7 decembrie 2000².

Drepturile personalității sunt atât de variate, întrucât, privite în mod individual, ca o trinitate care nu poate fi descompusă – sufletul, corpul și viața – ființa umană este unică și nu poate fi comparată cu alta. Personalitatea, prin unicitatea sa, deosebește o persoană de alta, evocă individualitatea desemnând ceea ce diferențiază o persoană de alta. De aceea, drepturile personalității au constituit un subiect dezbătut din ce în ce mai mult. Spre exemplu, în doctrina franceză³, se arată că, drepturile personalității sunt inerente calității de ființă umană și aparțin fiecărui individ prin simplul fapt că este om. Indiferent din ce unghi sunt privite, în temeiul acestor prerogative, fiecare persoană are dreptul la respectarea de către terți a drepturilor personalității⁴.

În literatura de specialitate, drepturile personalității au fost clasificate în două categorii: drepturi care ocrotesc corpul uman și funcțiile sale biologice și psihice și drepturi care ocrotesc valori morale. În această ultimă categorie sunt încadrate dreptul la demnitate, dreptul la liberă exprimare, dreptul la viață privată, dreptul la imagine.

Noțiunea de drepturi ale personalității a apărut în sistemul juridic german, unde există drepturi specifice personalității, care sunt reglementate expres de lege, dar și un „drept general al personalității” consacrat de jurisprudență. Doctrina germană a consacrat la sfârșitul secolului al XIX-lea o *teorie a drepturilor personalității*, pentru a remedia imposibilitatea utilizării mecanismului răspunderii civile delictuale pentru a sancționa atingerile aduse persoanei⁵.

În doctrina franceză s-a apreciat că drepturile personalității sunt la limita noțiunii de drept subiectiv, având un domeniu de aplicare mai restrâns decât cel al drepturilor fundamentale⁶.

Atunci când aceste prerogative au ca obiect limitarea puterilor statului, ele formează „drepturile omului și ale cetățeanului”, găsindu-și locul potrivit în cadrul Constituției. Atunci când sunt invocate în raporturile dintre particulari, aceste prerogative formează drepturile personalității și, de aceea, locul reglementării lor sau sediul materiei trebuie să fie Codul civil. Totuși, drepturile personalității nu se confundă cu drepturile omului și nici cu drepturile fundamentale. „Drepturile omului” – care își au originea în dreptul natural – constituie o noțiune relativ imprecisă, deoarece un număr mare dintre ele au fost recunoscute în dreptul pozitiv și au forță obligatorie, iar altele așteaptă sau sunt în curs de consacrare⁷. Drepturile fundamentale înglobează drepturi și libertăți caracterizate, după o accepțiune formală, prin valoarea lor supralegislativă (izvorând din Constituție și tratate sau convenții internaționale), iar după o accepțiune substanțială, prin importanța valorilor protejate⁸.

Art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului (care garantează dreptul la viața intimă prevăzând că „orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului sau / și a corespondenței sale”) protejează individul nu doar de ingerințele arbitrare ale autorităților publice, ci și de încălcările venite din partea persoanelor private. Acest lucru este valabil și pentru protejarea dreptului la imagine împotriva abuzurilor din partea terților⁹.

Rezultă că, unul dintre drepturile personalității creat de jurisprudență este dreptul la viață privată, drept ce însă nu a primit o definiție sau o interpretare la nivel național. Astfel încât, încercând să clarificăm noțiunea de „viață privată”, pornim de la jurisprudența C.E.D.O., prin prisma unor hotărâri de mare însemnătate în domeniu¹⁰, prin care s-a adus următoarea interpretare noțiunii: *dreptul la respectarea vieții private este dreptul la intimitate, dreptul de a trăi așa cum dorești, protejat de publicitate. Noțiunea de viață privată cuprinde elemente care se raportează la identitatea unei persoane, precum numele, fotografia, integritatea fizică și morală ale acesteia. Garanția oferită la art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului este destinată, în esență, pentru a asigura dezvoltarea, fără ingerințe externe, a personalității fiecărui individ în raport cu semenii săi.*

¹ www.idrept.ro. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:20.

² J.O. C 364, p. 1. A se vedea în special Hotărârea din 8 aprilie 1992, Comisia/Germania, C 62/90, Rec., p. I 2575, punctul 23, și Hotărârea din 5 octombrie 1994, X/Comisia, C 404/92 P, Rec., p. I 4737, punctul 17.

³ Malinvaud Ph., *Introduction à l'étude du droit*, Ed. Litec, Paris, 2008, p. 278.

⁴ www.idrept.ro. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:20.

⁵ Cercel S., Olteanu E.G., *Drepturi ale personalității*, în Revista de Științe Juridice. nr. 4/2009, p. 47.

⁶ Ghestin J., Goubeaux G., Fabre-Magnan M., *Traité du droit civil. Introduction générale*, Ed. LGDJ Paris, 1994, p. 179.

⁷ Pentru dezvoltări a se vedea: Renucci J.-F., *Traité de droit européen des droits de l'homme*, Ed. LGDJ, Paris, 2007, p. 7; Favoreau Cl., Gaia P., Ghevontian R., Mélin-Soucremanien F., Pena-Soler A., Pfesmann O., Pini J., Roux A., Scoffoni G., Tremeau J., *Droit des libertés fondamentales*, Ed. Précis Dalloz, 2009, p. 15.

⁸ www.idrept.ro. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:20.

⁹ A se vedea decizia în cauza Schüssel contra Austriei, nr. 42409/98, din 21.02.2002; Hotărârea din 16.03.2000, în cauza Ozgur Gundem contra Turciei.

¹⁰ *Vin Oosterwijk contra Belgia; Schüssel contra Austriei; Von Hannover contra Germaniei; Petrina contra României.*

C.E.D.O. a stabilit că dreptul publicului la informare, în circumstanțe particulare, asupra vieții private a persoanelor publice, nu legitimează nici captarea imaginii acestora în spații private sau izolate, nici difuzarea lor¹¹. În cazul captării imaginii unui copil, interesul superior al minorului reclamă protecția imaginii lui¹².

C.E.D.O. a decis că, deși nu este nici posibil și nici necesar să se dea o definiție exhaustivă a noțiunii de „viață privată”, ar fi prea restrictiv ca aceasta să se limiteze la un „cerc intim” în care orice individ poate să-și ducă viața sa personală, așa cum crede de cuviință, prin separarea de lumea exterioară. Respectul vieții private cuprinde dreptul individului de a stabili și dezvolta relații cu semenii săi¹³.

În această privință, din jurisprudența C.E.D.O. reiese că nu se poate considera că noțiunea de viață privată trebuie interpretată ca excluzând activitățile profesionale sau comerciale ale persoanelor fizice sau juridice¹⁴, activități care pot include participarea la o procedură de atribuire a unui contract de achiziții publice. De altfel, C.J.U.E. a recunoscut protecția secretelor comerciale ca un principiu general¹⁵.

Noțiunea de viață privată cuprinde și activitățile profesionale sau comerciale, neexistând nicio rațiune de principiu pentru a exclude din domeniul de incidență al noțiunii de viață privată activitățile profesionale sau comerciale, în condițiile în care la locul de muncă majoritatea oamenilor iau și păstrează un contact cu lumea exterioară. De multe ori, este dificil de trasat o linie între viața profesională și cea personală a persoanei sau de distins între un act profesional și unul privat. De aceea, art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului oferă protecția unei persoane nu doar în cercul său intim, ci și în timpul și pe parcursul activității sale profesionale¹⁶.

Art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului se aplică și sediului profesional al unei persoane, în măsura în care aceasta își desfășoară o bună parte a vieții sale private în acel spațiu. De aceea, percheziționarea și ridicarea hardului calculatorului constituie o ingerință în drepturile prevăzute de art. 8, care ar fi posibilă doar în măsura în care este prevăzută de legea internă¹⁷.

Noțiunea de „domiciliu” trebuie să primească o interpretare extensivă. Această noțiune poate să includă și reședința secundară sau casa de vacanță a unei persoane, întrucât persoana în cauză dezvoltă legături emoționale puternice cu acea casă¹⁸.

Constituie încălcarea vieții private divulgarea unor fapte care interesează viața sentimentală¹⁹ sau starea sănătății unei persoane²⁰, divulgarea numărului de telefon²¹ sau a adresei unui funcționar al administrației fără consimțământul acestuia²² ori publicarea în presă a fotografiei locuinței unei persoane, însoțită de numele proprietarului și de adresa exactă²³.

În anumite condiții, dreptul la un mediu sănătos face parte din conținutul dreptului la viață privată. Neplăcerile produse de poluarea fonică și imposibilitatea de a dormi în condiții normale afectează viața privată a persoanelor. În acest domeniu, obligația statului era aceea de a păstra un just echilibru între interesele concurente ale unor persoane private și ale societății în ansamblul său. Constatând că statul a luat în considerare doar argumentele uneia dintre părțile implicate – companiile aeriene –, neglijând situația celeilalte, ceea ce a afectat justul echilibru ce trebuia păstrat între acestea, Curtea a considerat că statul și-a încălcat obligațiile pozitive ce îi reveneau, iar art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului a fost violat²⁴.

Noțiunea de „corespondență” include orice comunicare dintre două persoane, indiferent de mijloacele tehnice utilizate pentru realizarea sa. În consecință, art. din 8 Convenția Europeană a Drepturilor Omului este aplicabil și atunci când organele de poliție interceptează mesajele transmise către un pager al unei persoane²⁵.

Percheziția și confiscarea datelor electronice, care conțineau inclusiv e-mail-urile reclamantului, fără respectarea procedurilor prevăzute de lege, reprezintă o încălcare a dreptului acestuia la corespondență în sensul art. 8 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului²⁶.

¹¹ C.E.D.O., *Von Hannover contra Germania*, 24.06.2004.

¹² C.E.D.O., *Söderman contra Suedia*, 12.11.2013.

¹³ *Cauza Bota contra Italia*.

¹⁴ C.E.D.O., Hotărârea *Niemietz contra Germaniei* din 16.12.1992, série A, nr. 251 B, § 29, Hotărârea *Société Colas Est și alții contra Franței* din 16.04.2002, Recueil des arrêts et décisions 2002 III, § 41, precum și Hotărârea *Peck contra Regatului Unit* din 28.01.2003, Recueil des arrêts et décisions 2003 I, § 57.

¹⁵ Hotărârea din 24.06.1986, *AKZO Chemie și AKZO Chemie UK/Comisia*, 53/85, Rec., p. 1965, punctul 28, precum și Hotărârea din 19 mai 1994, *SEP/Comisia*, C 36/92 P, Rec., p. I 1911, punctul 37. Hotărârea C.J.U.E., din data de 14.02.2008, în cauza C 450/06, în cauza *Varec SA împotriva État belge*.

¹⁶ C.E.D.O., *Niemietz contra Germaniei*, 16.12.1992, www.jurisprudentacedo.com. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:40.

¹⁷ C.E.D.O., *Petri Sallinen ș.a. contra Finlandei*, 27.09.2005, www.jurisprudentacedo.com. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:40.

¹⁸ C.E.D.O., *Demades contra Turciei*, 31.07.2003, www.jurisprudentacedo.com. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:40.

¹⁹ Civ. 2e, 26 nov. 1975, JCP 78, II, 18811, note Revel, în Code civil 1994-1995, p. 20.

²⁰ Civ. 2e, 12 juill. 1966, D. 1967, p. 181.

²¹ Trib. Briey, 15 sept. 1992, Gaz. Pal. 1993, I, 201, în Code civil 2007, p. 54.

²² Civ. 1re, 6 nov. 1990, Bull. I, n. 238, p. 170; D. 1991, 353, note Prévault, în Code civil 1994-1995, p. 21.

²³ Civ. 2e, 5 juin 2003, Bull. civ. II, no. 175; D. 2003, 2461, note Dreyer, în Code civil 2007, p. 54.

²⁴ C.E.D.O., *Hatton contra Regatului Unit*, 2.10.2001, www.jurisprudentacedo.com. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:40.

²⁵ C.E.D.O., *Taylor-Sabori contra Regatului Unit*, 22.10.2002, www.jurisprudentacedo.com. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:40.

²⁶ C.E.D.O., *Wieser și Bicos Beteiligungen GmbH c. Austriei*, 16.10.2007, cauza www.echr.coe.int.

Art. 58 NCC²⁷ consacră în mod expres, pentru prima dată în dreptul român, drepturile personalității. Prin normele substanțiale de drept civil din cartea I, intitulată „Despre persoane”, legiuitorul român a acordat o deosebită atenție drepturilor personalității reglementând în art. 71, cu privire la dreptul la viață privată, în art. 73, cu privire la dreptul la propria imagine, în art. 74 cu privire la atingeri aduse vieții private și în art. 257, cu privire la apărarea drepturilor nepatrimoniale ale persoanei juridice. De aceea, în acord cu art. 1357 din Codul civil, referitor la răspunderea pentru fapta proprie, cel care cauzează altuia un prejudiciu printr-o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, este obligat să îl repare, urmând să răspundă pentru cea mai ușoară culpă²⁸.

Rezultă astfel că, noutatea legislativă în materie de drepturi ale personalității este o consecință a multiplelor soluții jurisprudențiale comunitare, situație ce dovedește influența extrem de mare a jurisprudenței asupra dreptului, asupra doctrinei și asupra cadrului legal.

Strâns legat de viața privată, întâlnim sintagma „subiect de interes public”. Dreptul la respectarea vieții private face adesea obiectul unor atingeri, chiar și în țările dotate cu o legislație specifică pentru protejarea acestora, deoarece viața privată a devenit o marfă foarte profitabilă pentru anumite mijloace de informare în masă. În special persoanele publice sunt victimele acestor atingeri, deoarece detaliile vieții lor private reprezintă un argument pentru vânzare. În același timp, persoanele publice trebuie să fie conștiente că poziția caracteristică pe care o adoptă în societate și care este adesea consecința propriei lor alegeri, antrenează automat o presiune mare în viața lor privată.

Mass-media aduce adesea atingere dreptului la respectarea vieții private în numele unei interpretări unilaterale a dreptului la libertatea de exprimare, garantat la art. 10 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, considerând că cititorii săi au dreptul să știe totul despre persoanele publice.

Este adevărat că anumite fapte care țin de sfera vieții private a persoanelor publice²⁹, în special politicieni, pot fi de interes pentru cetățeni și că, prin urmare, este legitim ca acestea să fie aduse la cunoștința cititorilor care sunt, de asemenea, alegători.

În legislația națională, sintagma „subiect de interes public”, a fost definită de legiuitor prin art. 31 din Decizia nr. 220/2011 privind Codul de reglementare a conținutului audiovizual³⁰, respectiv: „sunt considerate a fi de interes public justificate orice probleme, fapte sau evenimente care influențează societatea sau o comunitate, în special cu privire la:

- a) prevenirea sau probarea săvârșirii unei fapte cu incidență penală;
- b) protejarea sănătății sau siguranței publice;
- c) semnalarea unor afirmații înșelătoare sau a unor cazuri de incompetență care afectează publicul”.

Față de această definiție, viața privată a persoanelor publice, ironiile, denigrările și calomniile prezentate în mod public, care vizează strict persoana subiectului, sunt totalmente lipsite de interes public.

Exercitarea dreptului la liberă exprimare comportă îndatoriri și responsabilități, iar furnizorii de servicii media audiovizuale au obligația să respecte drepturile și libertățile fundamentale ale omului, viața privată, onoarea și reputația, precum și dreptul la propria imagine, obligație ce le revine în virtutea art. 30 din Decizia nr. 220/2011.

În încercările sale de a stopa un fenomen relativ nou întâlnit în presă, respectiv subiectele de tip cancan, care afectează viața privată a persoanelor publice, și nu numai, legiuitorul român a statuat că niciun drept conferit prin lege nu poate fi exercitat într-un mod excesiv și nerezonabil, contrar bunei-credințe, în scopul de a vătăma sau de a păgubi pe altul ori profitând de ignoranța sau de buna-credință a persoanelor³¹. Totodată, s-a arătat că nu orice interes al publicului trebuie satisfăcut, iar simpla invocare a dreptului la informare nu poate justifica încălcarea dreptului la demnitate, la propria imagine și la respectarea vieții private, așa cum acestea sunt recunoscute și ocrotite de Codul civil. Drept urmare, însuși legiuitorul dictează că apetitul publicului pentru anumite subiecte nu trebuie satisfăcut! În caz contrar, ne aflăm în prezența unei încălcări a drepturilor personalității, situație ce atrage răspunderea civilă delictuală.

Cu mult timp înainte de intrarea în vigoare a Noului Cod civil, C.E.D.O. a stabilit că dreptul publicului la informare, în circumstanțe particulare, asupra vieții private a persoanelor publice, nu legitimează nici captarea imaginii acestora în spații private sau izolate, nici difuzarea lor³².

Investită să constate încălcarea drepturilor personalității, instanța de judecată trebuie să analizeze îndeplinirea condițiilor atragerii răspunderii civile delictuale, respectiv: atingerea ilicită, vinovăția, prejudiciul, legătură de cauzalitate între ele.

²⁷ Legea nr. 287/2009 privind Codul Civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15.07.2011, cu modificărilor și completărilor aduse de: O.U.G. nr. 79/28 septembrie 2011; Legea nr. 60 din 10 aprilie 2012; Rectificarea nr. 287 din 17 iulie 2009; Legea nr. 138/15 octombrie 2014; O.U.G. nr. 1/3 februarie 2016; Decizia nr. 12 din 16 mai 2016; Legea nr. 17/17 martie 2017; Decizia nr. 534 din 18 iulie 2018.

²⁸ Decizia Curții Constituționale nr. 33/2017, parag. 29-31, publicată în M. Of. nr. 320 din 4.05.2017.

²⁹ Persoanele publice sunt cele care exercită funcții publice și/sau folosesc resurse publice și, mai general, toate persoanele care joacă un rol în viața publică, fie politic, economic, artistic, social, sportiv sau de alt tip. – Rezoluția 1165 (1998) a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei privind dreptul la respectarea vieții private din data de 26.06.1998.

³⁰ Publicată în M. Of. nr. 174 din 11.03.2011, cu modificărilor și completărilor aduse de: Decizia nr. 459 din 28 iunie 2011; Decizia nr. 141 din 28 martie 2013; Decizia nr. 197 din 27 martie 2014; Decizia nr. 63 din 14 februarie 2017.

³¹ Art. 32 alin. (1) din Decizia nr. 220/2011.

³² C.E.D.O., *Cauza Von Hannover contra Germania*, Hotărârea din 24.06.2004.

Ceea ce interesează în prezentul studiu este prejudiciul moral, acesta fiind opera jurisprudenței, doctrina asimilându-l. Fiind un subiect controversat, prejudiciul moral a creat divergențe între practicienii dreptului, chiar și în prezent, practica instanțelor de judecată nefiind unitară la nivel de apreciere a dovedirii prejudiciului moral. Apreciem totuși, că prejudiciul moral nu trebuie dovedit, această concluzie fiind desprinsă din dezlegările oferite de jurisprudența europeană.

Prejudiciul moral a fost definit în doctrina dreptului și în jurisprudență ca orice atingere adusă uneia dintre prerogativele care constituie atributul personalității umane și care se manifestă prin suferința fizică sau/și morală, pe care le resimte victima. Prejudiciile care alterează sănătatea și imaginea fizică – mai ales în zone vizibile cum este zona feței – aduc atingere unora dintre prerogativele care constituie atributul personalității umane – dreptul la sănătate, integritate fizică și psihică (art. 58 alin. 1 C. civ.) ca și componente ale dreptului la viață apărut de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și trebuie să fie reparate³³.

În spețele soluționate, C.E.D.O. a făcut o apreciere notabilă în ceea ce privește proba prejudiciului moral, în sensul că proba faptei ilicite este suficientă, urmând ca prejudiciul și raportul de cauzalitate să fie prezumate, instanțele urmând să deducă producerea prejudiciului moral din simpla existență a faptei ilicite de natură să producă un asemenea prejudiciu, soluția fiind determinată de caracterul subiectiv intern al prejudiciului moral, proba sa directă fiind practic imposibilă³⁴.

Caracterul suferințelor trebuie privit în legătură cu particularitățile individuale ale persoanei prejudiciate, suferințele morale (psihice) fiind frica, durerea, rușinea, tristețea, neliniștea, umilirea și alte emoții negative. În stabilirea existenței unui prejudiciu trebuie luat în calcul caracterul și importanța valorilor nepatrimoniale lezate, situația personală a victimei, ținând cont de sexul și vârsta acesteia, mediul social din care victima face parte, educația, cultura, personalitatea și psihologia victimei, circumstanțele săvârșirii faptei, statutul social etc. Fiind vorba de lezarea unor valori fără conținut economic și de protejarea unor drepturi care intră, ca element al vieții private, în sfera art. 2 (dreptul la viață) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, dar și de valori apărute de art. 22 din Constituție și art. 58 C. civ., existența prejudiciului este circumscrisă condiției aprecierii rezonabile, pe o bază echitabilă corespunzătoare a prejudiciului real și efectiv produs victimei, privit prin prisma împrejurărilor anterior expuse³⁵.

Potrivit jurisprudenței constante a C.E.D.O.³⁶, daunele morale se stabilesc în raport cu consecințele negative suferite de victimă, importanța valorilor lezate, măsura în care au fost lezate aceste valori, intensitatea cu care au fost percepute consecințele vătămării, măsura în care victimei i-a fost afectată situația familială, profesională și socială. În cuantificarea prejudiciului moral, aceste condiții sunt subordonate condiției aprecierii rezonabile pe o bază echitabilă, corespunzătoare prejudiciului real și efectiv produs reclamantului, astfel încât să nu se ajungă la o îmbogățire fără justă cauză a celui care pretinde daune morale.

Criteriul general evocat de C.E.D.O. constă în aceea că despăgubirile trebuie să prezinte un raport rezonabil de proporționalitate cu atingerea adusă victimei, având în vedere gradul de lezare a valorilor sociale ocrotite, intensitatea și gravitatea atingerii aduse acestora. În situația daunelor morale, datorită naturii lor nepatrimoniale, o evaluare exactă a acestora în bani nu este posibilă, întinderea despăgubirilor realizându-se prin raportare la elementele de fapt, apreciate în complexitatea lor³⁷.

Aceste motivări ale C.E.D.O. au fost îmbrățișate de instanțele naționale, care au arătat că: „Evaluarea în cazul altor categorii de prejudicii decât cele corporale, cum sunt atingerile aduse onoarei și demnității, elementele vieții private, este anevoioasă întrucât prejudiciul constă într-o suferință pur morală, iar gravitatea suferinței depinde de atitudinea sentimentală a victimei raportată la viața familială și personală”³⁸.

Conchizând, arătăm că jurisprudența C.E.D.O. și C.J.U.E. a avut un aport însemnat asupra dreptului român, a dezlegat noțiuni și sintagme, făcând astfel necesară actualizarea cadrului legislativ și reglementarea unor aspect ce nu erau avute în vedere de legiuitorul român. Această situație, nu poate fi decât favorabilă dreptului național, uneori lacunar și care nu răspunde întocmai nevoilor cetățenilor.

³³ www.idrept.ro. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:20.

³⁴ Această apreciere a fost preluată întocmai de instanțele naționale. Cu titlu de exemplu, a se vedea Tribunalul București, Secția a III-a civilă, Sentința civilă nr. 410, din 05.04.2016.

³⁵ www.idrept.ro. Data accesării: 12.03.2019, ora 11:20.

³⁶ *Cauza Tolstoy Miloslavsky contra Regatului Unit* și toate cauzele în care se constată încălcări ale drepturilor prevăzute de Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

³⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția I civilă, Decizia nr. 824 din 6.04.2016.

³⁸ Tribunalul Ilfov, Sentința civilă nr. 838, din 20.09.2012.

MANIFESTĂRI JURISPRUDENȚIALE ACTUALE ÎN APLICAREA PRINCIPIULUI AUTONOMIEI DE VOINȚĂ

Actual Jurisprudential Manifestations in The Application of Volition Autonomy Principle

Andreea Mariana SIMA*

Abstract: *Instabilitatea legislativă cu care se confruntă sistemul de drept român actual a atras după sine o serie de provocări continue în aplicarea normelor de drept, astfel că jurisprudența creată în jurul unor noi instituții a dobândit valențe noi în special pentru practicienii dreptului, care se văd nevoiți să paveze calea și modul de aplicare de noi dispoziții legale.*

Pe fondul acestei realități, jurisprudența, izvor de drept secundar intrat până nu demult într-un con de umbră, își recapătă vitalitatea și redevine un mijloc de orientare a viziunilor juridice în păienjenișul legislativ actual.

Reafirmarea jurisprudenței ca izvor de drept nu se produce întâmplător, ci aceasta este susținută și de un factor tehnologic, care a înlesnit accesul la informații, în prezent accesul la deciziile pronunțate de instanțele naționale și internaționale fiind mult mai facil și pe cale de consecință și răspândirea modalității în care textele legale sunt aplicate sau interpretate.

În plus, cum statul român s-a aflat într-o îndelungă perioadă de tranziție, prin intermediul prerogativei de interpretare a normelor legale, practica judiciară a reușit să facă posibilă simbioza dintre noile realități sociale și unele dispoziții legale neschimbate.

Cuvinte-cheie: *jurisprudență, evoluție, autonomie de voință, actualitate, izvor de drept.*

Abstract: *The legislative instability facing the current Romanian law system has led to a series of continuing challenges in the application of the rule of law, so that jurisprudence created around new legal institutions has gained new valences, especially for law practitioners who feel obliged to pave the way and procedure of applying new legal provisions.*

Against this background, jurisprudence, a secondary source of law that has entered into obscurity, has regained its vitality and redefined a means of guiding the legal visions in the current legislative cobweb.

Reaffirmation of case law as a source of law does not occur at random, but it is also supported by a technological factor that has facilitated access to information, nowadays access to decisions made by national and international courts being much easier and, consequently, the spreading of the way in which legal texts are applied or interpreted.

In addition, as the Romanian state has been in a long transition period, through the prerogative of interpreting legal norms, judicial practice has succeeded in making possible the symbiosis between the new social realities and some unchanged legal provisions.

Keywords: *jurisprudence, evolution, autonomy of will, timeliness, source of law.*

Tributar și fidel sistemului romano-german, opus celui anglo-saxon¹ din punct de vedere al problematicei supuse analizei, sistemul de drept român a rezistat ideilor de reformare și a menținut jurisprudența ca fiind un izvor de drept interpretativ, conform clasificării clasice, ceea ce presupune că spre deosebire de lege, prin intermediul căreia se creează norme noi, în cazul jurisprudenței și în mod similar în cel al doctrinei, nu se creează norme noi, ci doar se interpretează cele existente, astfel că în mod judicios s-a apreciat că cele din urmă izvoare de drept nu au caracter novator, ci doar interpretativ².

Plasarea jurisprudenței în sfera izvoarelor de drept interpretative alături de doctrină nu este rezultatul unei opinii singulare, fiind aproape unanim acceptat că cele două sunt mai mult izvoare interpretative decât creatoare, principalul

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: andreea.sima89@yahoo.com.

¹ Este de notorietate că precedentul judiciar obligatoriu este caracteristic pentru sistemul de drept anglo-saxon, în mod exemplificativ Camera Lorzilor – ultimă instanță în soluționarea anumitor cazuri până la data de 01.10.2009 – (House of Lords), statuând asupra acestui aspect în Practice Statement (Judicial Precedent) UK [1966] 3 All ER 77, după cum urmează: „Curtea privește obligativitatea precedentului judiciar ca pe un fundament indispensabil pentru asumarea unei decizii privind interpretarea legii și aplicarea acesteia în cazuri individuale. El oferă cel puțin un anumit grad de certitudine pe care indivizii îl pot invoca în conducerea afacerilor lor, precum și o bază pentru dezvoltarea ordonată a normelor juridice. Curtea, cu toate acestea, recunoaște că aderarea prea rigidă la respectarea precedentului poate conduce la nedreptate într-un caz particular și, de asemenea, la impunerea de restricții în dezvoltarea legii. Curtea propune, prin urmare, modificarea practicii sale și, în timp ce va trata în continuare vechile sale decizii ca fiind obligatorii, să fie totuși permisă o soluție diferită de deciziile anterioare, atunci când va părea just să fie făcut acest lucru. Această hotărâre nu este destinată să afecteze utilizarea precedentului în altă instanță decât în această Cameră”.

² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 146.

rol al jurisprudenței fiind acela de a interpreta legea, și numai în mod secundar de a crea reguli juridice noi, deoarece misiunea judecătorului este în primul rând de a aplica legea³.

Practica judiciară nu poate fi privită decât corelativ cu cei care o creează, însă legătura acestora cu independența judecătorilor este discutabilă și slab tangențială, întrucât pe de o parte această garanție nu slăbește ca urmare a unei eventuale obligativități a precedentului judiciar (în acest caz judecătorul fiind ținut să îl aplice întocmai cum în prezent aplică legea), iar pe de altă parte, sistemul de drept național recunoaște deja puterea obligatorie, însă spre deosebire de alte sisteme de drept, nu a deciziilor de speță, ci doar a anumitor decizii judecătorești.

În mod evident, este cazul deciziilor pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în procedurile prevăzute de art. 517 alin. (4), art. 521 alin. (3) C. pr. civ., precum și art. 474 alin. (4) și art. 477 alin. (3) C. pr. pen., respectiv recursul în interesul legii și în procedura dezlegării unor chestiuni de drept cu caracter prealabil, ambele impunându-se judecătorilor întocmai ca și legea, având caracter obligatoriu pentru viitor și îndeplinind scopul unificării practicii judiciare. Neaplicarea în cauzele pendinte a deciziilor mai sus menționate, în situația în care acestea sunt incidente în speță, este sancționabilă cu aplicarea de măsuri disciplinare.

Rămânând pe tărâmul unificării practicii judiciare, nu poate fi ignorată practica Curții Europene a Drepturilor Omului, care fără a nega că „divergențele de jurisprudență constituie, prin natura lor, consecința inerentă a oricărui sistem judiciar care se bazează pe un ansamblu de instanțe de fond”⁴, dar nici rolul instanței supreme de a regla contradicțiile de jurisprudență, în mod repetat a statuat asupra faptului că inconsecvența judiciară „este în sine contrară principiului securității juridice, care este implicit în ansamblul articolelor din Convenție și care constituie unul dintre elementele fundamentale ale statului de drept”⁵.

Contemporană cu decizia Curții Europene a Drepturilor Omului, afirmând același standard, dar avansând principiul nediscriminării, este poziția instanței de contencios constituțional, care a statuat că prin pronunțarea asupra unui recurs în interesul legii, „instanța supremă contribuie la asigurarea supremației Constituției și a legilor, prin interpretarea și aplicarea unitară a acestora pe întreg teritoriul țării, fapt de natură să concretizeze un alt principiu fundamental, prevăzut în art. 16 din Constituție, privind egalitatea în drepturi a cetățenilor. De aceea, este inadmisibil ca persoane aflate în situații juridice egale să fie supuse unor reglementări legale diferite”⁶.

Pentru îndeplinirea dezideratului unificării jurisprudenței naționale, dar de această dată apelându-se la mecanisme administrative, în cuprinsul Regulamentului de ordine interioară al instanțelor judecătorești a fost dedicată o întreagă secțiune măsurilor ce se impun a fi luate în acest sens, respectiv la nivelul fiecărei secții sau, după caz, al fiecărei instanțe, dacă nu există secții, prin organizarea de întâlniri lunare ale judecătorilor, în care vor fi discutate problemele de drept care au condus la pronunțarea unor soluții diferite sau probleme de drept de mare noutate, care ar putea genera practică neunitară⁷.

În plus față de acestea, același regulament prevede organizarea întâlnirilor trimestriale ale judecătorilor din cadrul curții și al instanțelor din circumscripția acesteia, în care vor fi dezbătute problemele de drept care au generat o practică neunitară, întâlniri ce pot fi organizate și pe domenii de specializare⁸.

Jurisprudența ar rămâne un izvor de drept secundar, subsidiar, căzut în desuetudine în lipsa aducerii la cunoștință a felului în care instanțele naționale interpretează normele de drept, însă una din modalitățile prin care rolul său se menține actual este publicarea jurisprudenței relevante proprii fiecărei instanțe pe portal, aspect cu mult mai important în cadrul instanțelor de control judiciar, ale căror decizii definitive pătrund în circuitul civil.

Aplecarea sistemului judiciar pentru menținerea, în limita garantării independenței, a unei practici unitare este de înțeles având în vedere că acesta, privit global, este cel de la care emană izvorul de drept indirect numit jurisprudență, care deși nu se poate impune cu forța unei prevederi legislative, devine însemnat mai ales în scop inovator, nu puține fiind situațiile când interpretarea conceptelor juridice constituie un promotor al reglementărilor viitoare.

Fără a conduce analiza în sfera disociației practică judiciară-jurisprudență⁹, fiind controversată identitatea dintre cele două noțiuni atât în doctrina națională, cât și în cea internațională¹⁰, trebuie remarcată evoluția jurisprudenței de

³ Leontin Jean Constantinesco, *Tratat de drept comparat*, vol. II, *Metoda comparativă*, Ed. All Educațional, 1998, p. 174.

⁴ Hotărârea din 06.12.2007 a Curții Europene a Drepturilor Omului (cauza Beian împotriva României).

⁵ *Idem*.

⁶ Decizia Curții Constituționale a României nr. 1014 din 8 noiembrie 2007, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 329 alin. 3 teza finală C. pr. civ., publicată în M. Of. nr. 816 din 29 noiembrie 2007.

⁷ Art. 25 alin. 1 din Hotărârile C.S.M. nr. 1375/17.12.2015, publicată în M. Of. nr. 970/28.12.2015, modificat prin Hotărârea C.S.M. nr. 141/07.02.2017, publicată în M. Of. nr. 130/20.02.2017.

⁸ Art. 26 alin. 1 din Hotărârile C.S.M. nr. 1375/17.12.2015, publicată în M. Of. nr. 970/28.12.2015, modificat prin Hotărârea C.S.M. nr. 141/07.02.2017, publicată în M. Of. nr. 130/20.02.2017.

⁹ A se vedea Demeter I., Ceterchi I., *Introducere în studiul dreptului*, Ed. științifică, București, 1962 p. 278; Brun H., Trembleay G., *Droit Constitutionnel*, Quebec, Cowansville, 1990, p. 361 sau Mazilu D., *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 219.

¹⁰ A se vedea Nicolae Șandrovchi, *Particularitățile jurisprudenței în calitate de izvor de drept*, în Revista Națională de Drept nr. 7/2016, p. 35, potrivit căruia: „Jurisprudența nu trebuie privită în exclusivitate în calitate de case law, deoarece aceasta cuprinde toate hotărârile judecătorești, chiar și cele emise fără nicio intervenție creativă de drept a judecătorului, ceea ce corespunde spiritului sistemului de drept continental. În consecință, sistemul continental a creat dreptul precedentelor care exprimă doar acele norme noi, primare, inventate de corpul

la a se face cunoscută doar în mediul juridic, așa cum se întâmpla în trecut, la a fi prezentă la scară mare, aspect datorat în special mediatizării, chiar dacă pe alocuri excesivă.

În ciuda acestei schimbări, jurisprudența creată în jurul noțiunii de autonomie de voință, privită în limita posibilității obiective de cuprindere a acesteia, a fost constantă, fără revirimente remarcabile, consecință datorată în parte faptului că acest concept fiind fundamentul raporturilor juridice civile, s-a bucurat de viziuni relativ unitare în privința modului de aplicare.

Deși admitând că „un sistem de izvoare nu este fructul hazardului sau al capriciului, ci consecința multiplilor factori politici, sociologici și ideologici”¹¹, cu toate că statul român s-a aflat într-o lungă perioadă de tranziție, jurisprudența creată în jurul conceptului de autonomiei de voință nu pare a fi întâlnit manifestări contradictorii.

Autonomia de voință, deși nu în mod evident, a beneficiat întotdeauna de un aport însemnat al jurisprudenței, și cu toate că nu s-a aflat în situația de a fi doar o creație jurisprudențială și doctrinală, beneficiind de reglementare atât în vechea, cât și în actuala reglementare, a constituit punctul de pornire în majoritatea covârșitoare a motivărilor sentințelor civile având ca obiect acțiuni în pretenții fundamentate pe răspundere civilă contractuală, acțiuni în anulare ș.a.¹²

Aproprierea principiului în discuție de voință ca element psihologic, ce incontestabil reprezintă cauza declanșatoare a tuturor activităților umane, a făcut ca, inevitabil, în analiza oricărui raport juridic dedus judecății, să se aibă în vedere în mod primordial, manifestarea de voință a părților, iar acest lucru s-a tradus printr-o menționare masivă în cuprinsul hotărârilor judecătorești.

Cum actuala codificare ridică la rang de principiu consensualismul actului juridic, iar potrivit acesteia clauzele contractuale se vor interpreta cu respectarea voinței concordante a părților, iar nu după sensul literar al termenilor, devine evidentă preocuparea jurisprudențială pentru principiul autonomiei de voință, cu atât mai mult cu cât există reglementarea expresă a criteriilor care vor fi avute în vedere pentru a se stabili voința concordantă a părților, printre acestea numărându-se scopul contractului, negocierile purtate anterior, practicile statornice sau comportamentul ulterior încheierii contractului¹³.

Fără a aprofunda raportul dintre autonomia de voință și libertatea contractuală, existând păreri care nu plasează semnul egalității între cele două concepte¹⁴, dar în același timp fără a ignora raportul foarte strâns dintre acestea chiar și admitând că acestea sunt noțiuni distincte, având în vedere că „libertatea contractuală constă în posibilitatea pe care persoanele fizice și juridice o au, conform legii, de a crea contracte și de a le stabili conținutul”¹⁵, în practica judiciară debutul analizei multora dintre raporturile deduse judecății este reprezentat de statuarea libertății contractuale recunoscute părților.

În jurisprudența creată sub imperiul vechiului cod civil, cu titlu de exemplu, s-a reținut că „în materie comercială, formarea obligațiilor este guvernată de principiul libertății contractuale, acesta constând în dreptul unei persoane de a încheia orice contract, cu orice partener și cu clauzele pe care părțile le convin, cu singurele limite impuse de ordinea publică și bunele moravuri. Consecința imediată a acestui principiu este libertatea în exprimarea voinței la încheierea contractului – în sensul de operațiune juridică (negotium) – care are drept corolar libertatea probelor în dovedirea drepturilor subiective izvorâte din contractul comercial”¹⁶.

Deși principiul autonomiei de voință a rămas neschimbat ca esență în urma intrării în vigoare a noii codificări civile, tot cu titlu de exemplu, de dată mai recentă, în practica judiciară s-a arătat că „doctrina și jurisprudența în materie sunt cvasiunanime în statuarea ideii că, factorul esențial al unui contract este acordul de voință al părților – voința lor juridică – fundamentul forței obligatorii a contractului. Altfel spus, teoria autonomiei de voință reprezintă sursa ideologică a trei principii elementare ale contractului: principiul libertății contractuale (libertatea de a se obliga contractual și de a stabili conținutul contractului), principiul consensualismului (care reprezintă urmarea imediată a libertății contractuale și care se traduce în realitate, prin libertatea de formă) și principiul forței obligatorii a contractului (care, la rândul său, este urmarea primelor două principii). Este cunoscut faptul că, pentru validitatea unui contract, este necesară o voință juridică valabilă sub toate aspectele sale, respectiv o manifestare de voință reală, serioasă, conștientă, neviciată, fermă, neechivocă, precisă, completă și cu intenția de a angaja din punct de vedere juridic”¹⁷.

judiciar la adoptarea hotărârilor. Noțiunea enunțată este cuprinsă în alta mai largă – dreptul jurisprudențial care este o creație judiciară și cuprinde toate normele elaborate cu ocazia înfăptuirii justiției, fie perfect noi, fie interpretative sau de detaliere”.

¹¹ Angel Latorre, *Introducción al derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1973, p. 51.

¹² Cu titlu de exemplu, prin sentința civilă nr. 7734 din 10.08.2015 pronunțată de Judecătoria Galați, instanța de fond a arătat că trebuie să se acorde „prioritate voinței efective ce transpare din elementele intrinseci ori, după caz, extrinseci ale actului și din datele existente în cuprinsul acestuia și, analizând prevederile contractuale, a concluzionat că părțile nu au avut reprezentarea instituirii unei clauze penale, suma de bani remisă de cumpărător nefiind, în fapt, arvună, astfel cum au declarat părțile la trecerea a mai mult de 12 ani de la data încheierii actului”.

¹³ Art. 1266 C. civ.

¹⁴ V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté: Naissance et évolution d'un concept*, Travaux de l'Université de Paris II, 1980 în Marie-Laure Izorche, *op. cit.*, p. 656.

¹⁵ Ioan Albu, *Libertatea contractuală*, în *Dreptul* nr. 3/1993, București, p. 29.

¹⁶ Decizia nr. 30 din 07 februarie 2011, pronunțată de Tribunalul Dolj, Secția comercială.

¹⁷ Decizia nr. 287 din data de 17.10.2014 pronunțată de Curtea de Apel Suceava.

Astfel de manifestări jurisprudențiale ale principiului autonomiei de voință sau ale consecinței sale, libertatea contractuală, au fost și sunt reiterate cu o frecvență ridicată, fiind așa cum am arătat, menționate ca fundament al motivărilor sentințelor civile în sens larg, fără distincție între jurisprudența creată sub imperiul vechiului sau noului Cod civil.

Concluzionând, în materia autonomiei de voință, jurisprudența de dată recentă, în limita posibilității fizice de examinare, pare a se îndepărta de la caracterul experimental notat în doctrină, conform căruia „știința juridică are o origine experimentală; experiența are o însemnătate capitală pentru legiferare și pentru interpretarea dreptului”¹⁸, iar „dreptul nu poate și nu trebuie să fie studiat și creat prin deducții raționale, deoarece noțiunile și instituțiile juridice nu pot avea decât o origine experimentală”¹⁹, limitându-se la a menționa voința autonomă asemenea unui dicton.

Chiar și în aceste condiții, este salutară menționarea la scară largă în cuprinsul hotărârilor judecătorești a principiului autonomiei de voință, care astfel este ajutat să iasă din conul de umbră în care a intrat concomitent cu creșterea numărului de contracte de adeziune, cu atât mai mult cu cât prin intermediul mijloacelor moderne de comunicare, accesul la jurisprudență este mult simplificat.

¹⁸ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului (Enciclopedie juridică)*, vol. II, Ed. Soccec, București, 1930, p. 243.

¹⁹ *Idem*.

LIPSA CARACTERULUI CERT AL CREANȚEI CUPRINSE ÎNTR-O CLAUZĂ PENALĂ DINTR-UN ACT AUTENTIFICAT DE NOTARUL PUBLIC

The Lack of Certain Character of the Debt Included in a Criminal Clause in an Act Authorized by the Public Notary

Vlad-Victor OCHEA*

Rezumat: Acest studiu caută să demonstreze că dreptul de creanță având ca obiect plata unei sume de bani, agreeată printr-o clauză penală inserată într-un înscris autentic notarial nu are caracter cert, iar înscrisul respectiv nu are caracter executoriu. Analiza pleacă de la cuprinsul dispozițiilor art. 638 alin. (1) pct. 2, art. 639 alin. (1), art. 632 alin. (1) și art. 663 C. pr. civ., rep. și ale art. 101 alin. (1) din Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995 și de la jurisprudență, care a relevat această teză juridică. Caracterul cert al creanței lipsește, deoarece nu s-a stabilit în prealabil, printr-o hotărâre judecătorească definitivă, întrunirea cerințelor răspunderii civile contractuale – neexecutarea fără justificare sau vinovată a obligației, punerea în întârziere și prejudiciul. Numai întrunirea acestor condiții dă loc la repararea prejudiciului, inclusiv prin recursul la clauza penală. Aceeași este soluția și în cazul arvunei, atunci când aceasta are scop exclusiv penalizator.

Cuvinte-cheie: drept de creanță, caracter cert, înscris autentic notarial, titlu executoriu, clauză penală și arvună penalizatoare.

Abstract: This study aims to demonstrate that the claim to an amount of money agreed upon via a penalty clause inserted in a document authenticated by a notary public lacks its certainty and that document is not enforceable. The analysis starts from the provisions of art. 638 par. (1) pt. 2, art. 639 par. (1), art. 632 par. (1) and art. 663 of the Romanian Civil Procedure Code and from those of art. 101 par. (1) of the Law on notary public and notary public activity no. 36/1995 and from the jurisprudence, which revealed this legal thesis. The certainty of the claim does not exist, because it was not previously settled via a ruling of the court of justice that the conditions of the contractual civil liability were fulfilled – the unjustified or wrongful non-performance of an obligation, notice of default and the damage. Only the fulfilment of these conditions gives way to the indemnification for damages, including by use of the penalty clause. The same applies to the earnest clause, when it serves as a penalty.

Keywords: right of claim, certainty of a claim, document authenticated by a notary public, enforceable title, penalty clause and earnest clause.

În galeria titlurilor executorii reglementate de Codul de procedură civilă¹, de Codul civil și de legile speciale regăsim și înscrisul autentic notarial. În acest sens, art. 638 alin. (1) pct. 2 C. pr. civ., rep., prevede că *sunt, de asemenea, titluri executorii și pot fi puse în executare silită înscrisurile autentice, în cazurile prevăzute de lege*. Potrivit art. 639 alin. (1), *actul autentificat de notarul public care constată o creanță certă lichidă și exigibilă constituie titlu executoriu. În lipsa originalului, titlul executoriu îl poate constitui duplicatul sau copia legalizată de pe exemplarul din arhiva notarului public*. O dispoziție similară cuprinde și art. 101 alin. (1) din Legea notarilor publici și a activității notariale nr. 36/1995, republicată: *înscrisul autentificat de notarul public care constată o creanță certă și lichidă are putere de titlu executoriu la data exigibilității acesteia. În lipsa înscrisului original poate constitui titlu executoriu duplicatul sau copia legalizată de pe exemplarul din arhiva notarului public*.

Ca o consecință a art. 98² din Legea nr. 36/1995, titlul executoriu îl va constitui, invariabil, duplicatul remis părții interesate să recurgă la executarea silită ori copia legalizată de pe exemplarul din arhiva notarului public.

Alături de aceste două texte îl avem în vedere și pe cel al art. 632 alin. (1), care prevede că *executarea silită se poate efectua numai în temeiul unui titlu executoriu*, dar și pe cel al art. 663, potrivit căruia (1) *executarea silită nu se poate face decât dacă creanța este certă, lichidă și exigibilă*. (2) *Creanța este certă când existența ei neîndoiește*

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea „Nicolae Titulescu”; Colaborator extern, Facultatea de Drept, Universitatea București; e-mail: vlad.ochea@gmail.com.

¹ La redactarea acestui articol am avut în vedere forma și conținutul legislației aflate în vigoare la 15 martie 2019.

² (1) *Actele autentice notariale se întocmesc într-un singur exemplar original, care se păstrează în arhiva notarului public. (2) Exemplarul original al înscrisului autentificat, împreună cu anexele care fac parte integrantă din acest înscris, se semnează în fața notarului public de către părți sau de către reprezentanții lor și, după caz, de cei chemați a încuviința actele pe care părțile le întocmesc, de martorii-asistenți, atunci când este cerută prezența lor, și, după caz, de cel care a redactat înscrisul, în condițiile prezentei legi. (3) Prin anexa care face parte integrantă din înscris se înțelege orice înscris atașat înscrisului principal, care detaliază sau completează conținutul acestuia din urmă și a fost declarat ca atare de către părți. Înscrisurile care constituie documentația necesară autentificării se rețin la dosarul actului și nu se consideră anexe. (4) Părțile vor primi un duplicat de pe actul original. Duplicatul actului notarial are forța probantă prevăzută de lege ca și originalul actului.*

rezultă din însuși titlul executoriu. (3) Creanța este lichidă atunci când obiectul ei este determinat sau când titlul executoriu conține elementele care permit stabilirea lui. (4) Creanța este exigibilă dacă obligația debitorului este ajunsă la scadență sau acesta este decăzut din beneficiul termenului de plată. (5) Creanțele cu termen și cele condiționale nu pot fi puse în executare, însă ele pot participa, în condițiile legii, la distribuirea sumelor rezultate din urmărirea silită a bunurilor aparținând debitorului.

Rezultă din textele legale precitate și, în mod special, din formularea art. 639 alin. (1) C. pr. civ., rep., că **înscrisul autentic notarial care nu constată o creanță care să întrunească cumulativ toate cele trei caractere – cert, lichid și exigibil – nu este titlu executoriu și, prin urmare, nu poate fi pusă în executare.**

În practică s-a pus adesea problema legalității executării silită începute în temeiul unei promisiuni (antecontract) de vânzare încheiată în formă autentică și care cuprinde o clauză penală. Mai precis, este vorba despre a stabili dacă respectivele clauze penale sunt ori nu creanțe certe.

S-a arătat că, față de clauza antecontractului de vânzare-cumpărare, potrivit căreia, în cazul în care contractul de vânzare-cumpărare în formă autentică nu se va perfecta din culpa promitentului-vânzător la data stabilită, acesta va plăti promitenților-cumpărători dublul avansului primit, pentru a aprecia caracterul cert al creanței promitenților-cumpărători, trebuie analizată culpa promitentului-vânzător prin neperfectarea contractului. Acesta este un aspect de fond care nu poate fi verificat în faza executării silită, ci trebuie dezbătut în condițiile generale privind desfășurarea procesului civil, în primul rând contradictorialitatea, pe baza administrării de probe, întrucât această neexecutare a obligațiilor contractuale dă dreptul părții contractante la despăgubiri, deci se urmărește stabilirea unui drept potrivit față de contractant. Prin urmare, creanța având ca obiect plata sumei de bani stabilite prin clauza penală nu poate fi apreciată ca având caracter cert, astfel că antecontractul de vânzare-cumpărare nu îndeplinește condiția de a fi titlu executoriu³ (...).

Cu ocazia judecării altei spețe instanța a reținut că certitudinea creanței presupune că existența acesteia decurge din actul de creanță sau chiar din alte acte emaneate sau recunoscute de debitor, fără a se putea admite completarea acestuia cu o probă extrinsecă, exterioară și care să reprezinte altceva decât un înscris recunoscut de către debitor. (...) pentru a se face aplicarea acestei clauze penale și a se stabili vinovăția uneia dintre părți în executarea contractului, trebuie să se probeze fie neîndeplinirea condițiilor la care s-a obligat promitentul vânzător privind situația juridică a terenului, fie imposibilitatea plății prețului de către promitentele cumpărătoare. În oricare dintre cele două situații, sunt necesare probe extrinseci, care nu rezultă din conținutul actului de creanță reprezentat de antecontractul de vânzare-cumpărare, pentru a se dovedi incidența clauzei penale⁴.

Pentru identitate de rațiune, cele expuse mai jos sunt valabile și în ipoteza altor acte autentice decât promisiunile de vânzare, ori de câte ori ele cuprind o clauză penală.

Clausa penală (...) este o convenție accesorie prin care debitorul, în scop de a asigura obligația principală, se obligă la o prestațiune determinată, consistând în genere în o sumă de bani, pentru cazul în care el nu s-ar ține de cuvânt⁵.

Rolul clauzei penale este acela de a stabili în mod anticipat valoarea prejudiciului pe care creditorul îl va suferi ca urmare a neexecutării obligației de către debitor.

Executarea silită a unei creanțe cuprinse într-o clauză penală nu se poate face exclusiv în temeiul actului autentic prin care părțile au agreeat-o, pentru că aceasta constituie o manifestare a răspunderii civile contractuale și este subordonată întrunirii cerințelor acesteia – neexecutarea fără justificare sau vinovată a obligației, punerea în întârziere și prejudiciul – ca urmare a stabilirii situației de fapt și aplicării normelor de drept incidente de către instanța judecătorească cu ocazia soluționării unui litigiu de drept comun.

Clauza penală acoperă parțial doar una dintre condițiile răspunderii civile contractuale, anume întinderea prejudiciului. Prin manifestarea voinței sale cu privire la clauza penală, debitorul nu își recunoaște și vinovăția în neexecutarea obligației ori admite că aceasta a fost lipsită de caracter justificat, după cum nu renunță la a invoca apărări față de neexecutarea aleasă de creditor. Situația rămâne aceeași chiar dacă s-a convenit întârzierea de drept în neexecutarea obligației sau debitorul a fost pus în întârziere printr-o notificare primită de la creditor.

Prezumția de culpă care funcționează în materia neexecutării obligațiilor contractuale rămâne la stadiul de prezumție relativă și nu conferă caracter cert creanței obiect al clauzei penale și nici caracter executoriu înscrisului autentic notarial în care este așezată. Ea constituie doar o dovadă, până la proba contrară, a culpei debitorului, căruia trebuie să i se recunoască dreptul de a răsturna această dovadă.

Din altă perspectivă, este discutabil în ce măsură se naște această prezumție în decorul executării silită, câtă vreme faptul vecin și conex pe care se sprijină, anume neexecutarea obligației, nu poate fi reputat ca fiind cunoscut, tocmai din pricina faptului că neexecutarea obligației este la rândul său prezumată, dacă dreptul de creanță poate fi pus în executare exclusiv în temeiul înscrisului autentic notarial.

³ Tb. Buc., IV civ., dec. nr. 284/2006.

⁴ Jud. Sect. 2 Buc., s.c. nr. 5692/2008.

⁵ D. Alexandresco, *Explicațiune teoretică și practică a dreptului civil român în comparațiune cu legile vechi și cu principalele legislațiuni străine*, tomul al VI-lea, Tipografia Națională, Iași, 1900, p. 256.

Analiza validității executării silite trebuie să țină seama de împrejurarea că dreptul de creanță are ca obiect daune interese convenționale (clauză penală). Prin urmare, creditorului i se cuvin aceste daune interese și ele fac obiectul unei creanțe certe, lichide și exigibile numai dacă condițiile răspunderii civile contractuale sunt îndeplinite. Neîndeplinirea acestor condiții răpește creanței caracterul cert.

Executarea silită se poate desfășura în mod legal numai dacă există o hotărâre judecătorească definitivă prin care să se constate că toate condițiile răspunderii civile contractuale, care dau loc la daune interese, inclusiv convenționale, sunt îndeplinite.

Clauza penală este un instrument prin care părțile contractante evaluează anticipat prejudiciului suferit de orice dintre ele în caz de neexecutare a obligației, dar nu înseamnă mai mult decât atât. Cu alte cuvinte, stipularea unei clauze penale nu echivalează cu întrunirea cerințelor răspunderii civile contractuale.

Dreptul la repararea prejudiciului, inclusiv pe calea clauzei penale, depinde de întrunirea condițiilor răspunderii civile contractuale.

Cu ocazia înregistrării cererii de executare silită, executorul judecătoresc nu se poate substitui instanței de judecată, astfel încât să emită o hotărâre în sensul celor de mai sus și nici nu poate cerceta îndeplinirea condițiilor răspunderii civile contractuale, după cum nu o poate face nici instanța care a încuviințat executarea silită, căci excede competenței rezervate lor prin lege.

De asemenea, nici instanța de executare nu poate constata întrunirea tuturor cerințelor răspunderii civile contractuale, mai cu seamă după modificarea art. 713 alin. (2) C. pr. civ., rep., prin art. I pct. 67 din Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea altor acte normative⁶.

Cu ocazia primirii cererii de încuviințare a executării silite, instanța de executare trebuie s-o respingă în temeiul art. 666 alin. (5) pct. 4 C. pr. civ. rep., urmare a constatării că dreptului de creanță îi lipsește caracterul cert.

Soluția contrară echivalează cu depășirea limitelor investirii instanței de executare care este chemată să încuviințeze executarea silită. Simpla stipulație potrivit căreia, în cazul neexecutării unei obligații, debitorul este obligat la plata unei sume de bani, regăsită într-un înscris căruia îi este atașată o încheiere de autentificare dată de notarul public nu conferă creanței caracter cert, iar titlului caracter executoriu.

Dacă creanța și titlul trec de filtrul instanței care a fost chemată să se pronunțe asupra încuviințării executării silite, debitorului nu îi rămâne decât să se adrese instanței de executare, pe calea contestației la executare, solicitându-i nu doar anularea încheierii de încuviințare a executării silite, ci anularea executării silite înseși în temeiul art. 663 alin. (1) și art. 632 alin. (1) C. pr. civ. rep.

Raționamentul conturat cu privire la clauza penală se aplică și arvunei (art. 1545 C. civ.), atunci când aceasta are scop exclusiv penalizator, o parte fiind obligată la restituirea dublului acesteia ca urmare a faptului că nu a fost încheiat contractul din vina sa, dar nu și atunci când are rolul de a indemniza promitentul-vânzător, de pildă, pentru inalienabilitatea de care este lovit temporar bunul său⁷.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 1074/18.12.2018, în vigoare de la 21.12.2018.

⁷ A se vedea, în acest sens, L. Pop, I.F. Popa și S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil. Obligațiile conform noului Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 320.

APLICAREA DE CĂTRE INSTANȚELE JUDECĂTOREȘTI A MĂSURILOR DE RESTITUIRE ÎN NATURA ȘI A MĂSURILOR REPARATORII REFERITOR LA IMOBILELE PRELUATE ABUZIV DE LA ACADEMIA ROMÂNĂ

The Application by The Judicial Institutions of the Reimbursement Measures in Nature and The Repair Measures Concerning the Assets Taken Abusively From The Romanian Academy

Dumitru DINU*

Rezumat: Prin Decizia Consiliului de Miniștri nr. 1486 din 8 noiembrie 1948, publicată în M. Of. nr. 260 din 8 noiembrie 1948, Academia Română a fost deposedată abuziv de 71 bunuri urbane, terenuri și clădiri, de 30 bunuri rurale agricole și silvice, de 31 bunuri neluate în posesie de către Academia R.P.R., de alte importante titluri și valori mobiliare. Procesul îndelung și anevoios de recuperare a unora dintre aceste bunuri a început pentru imobilele terenuri în temeiul prevederilor Legii nr. 18/1991, Legii nr. 169/1997, Legii nr. 1/2000, Legii nr. 247/2005, iar pentru imobilele terenuri și construcții în baza Legii nr. 10/2001, modificată prin Legea nr. 165/2013, cât și în temeiul Legii nr. 752/2001, completată prin Legea nr. 564/2004. Dificultățile majore întâmpinate de Academia Română în recuperarea, măcar parțială, a patrimoniului său imobiliar au fost generate de aplicarea de către instanțele judecătorești a dispozițiilor art. 31 alin. 1 și art. 33 alin. 2 din O.U.G. nr. 80/2013 în vădită contradicție cu incidența normei speciale din art. 50 alin. 1 din Legea nr. 10/2001, normă derogatorie de la dispozițiile de drept comun în materia taxei de timbru, cât și de aplicarea discreționară a dispozițiilor art. 1 alin. 1 și 2, art. 4, art. 5, art. 6, art. 7, alin. 1, art. 8, alin. 1 și alin. 2 lit. a), art. 32 din Legea nr. 165/2013 de către Comisiile locale de fond funciar.

Cuvinte-cheie: Academia Română, recuperarea imobilelor construcții și terenuri, aplicarea legilor fondului funciar, aplicarea legii privind restituirea unor imobile preluate abuziv, modul de aplicare a taxei de timbru.

Abstract: By the Decision of the Council of Ministers no. 1486 of 08 November 1948, published in the Official Gazette no. 260 of 08 November 1948, the Romanian Academy was abusively dispossessed of 71 urban assets, lands and buildings, 30 rural, agricultural and forest assets, 31 assets not taken possession by the Academy of the People's Republic of Romania, other important deeds and securities. The long and difficult process of recovery of some of these assets began, for the real property represented by lands on the basis of Law no. 18/1991, Law no. 169/1997, Law no. 1/2000, Law no. 247/2005 and, for the real property represented by lands and buildings, on the basis of Law no. 10/2001, amended by Law no. 165/2013, as well as on the basis of Law no. 752/2001, supplemented by Law no. 564/2004. The major difficulties faced by the Romanian Academy in recovering, at least partially, its real patrimony, were caused by the application by the courts of law of the provisions of Art. 31 para. 1 and of Art. 33 para. 2 of the Government Emergency Ordinance no. 80/2013, in visible antimony with the incidence of the special norm laid down in Art. 50 para. 1 of Law no. 10/2001, which norm derogates from the common law provisions in the matter of the duty stamp, as well as by the discretionary application of the provisions of Art. 1 paras. 1 and 2, Art. 4, Art. 5, Art. 6, Art. 7 para. 1, Art. 8 paras. 1 and 2 item a), Art. 32 of Law no. 65/2013 by the Local Land Fund Commissions.

Keywords: Romanian Academy, recovery of real property – buildings and lands, application of land fund laws, application of law on restitution of some of the real assets abusively taken over, manner of application of duty stamp law.

1. Problemele juridice teoretice și practice generate de aplicarea dispozițiilor Legii nr. 10/2001 în litigiile privind cererile de restituire în natură a unor imobile proprietatea Academiei Române

Prin testamentul sau din 26 aprilie 1938, defunctul Emil I.V. Socec a lăsat Academiei Române în nuda proprietate 1/2 din imobilul, teren și construcții, situat în București, strada Berzei nr. 2 și Aleea Socec (actuala Aleea Ezareni) nr. 2 și 4.

Conținutul acestui testament a fost consemnat în Procesul-Verbal nr. 18156 din 13 iunie 1939 al Tribunalului Ilfov, Secția VI C.C., din dosarul nr. 4476/1939 iar inventarul averii rămase după defunctul Emil I.V. Socec a fost consemnat de Grefa Tribunalului Ilfov Secția VI C.C. din data de 17 iunie 1939, în dosarul nr. 4476/1939.

Prin Înaltul Decret Regal nr. 4553 din 1939 publicat în M. Of. nr. 296 din 21 decembrie 1939, Academia Română a fost autorizată să accepte legatul lăsat de defunctul Emil I.V. Socec, fapt certificat și în adresa nr. 209157/1940 a Ministerului Educației Naționale.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: dinu@acad.ro.

Prin Decizia Consiliului de Miniștri nr. 1486 din 8 noiembrie 1948, publicată în M. Of. nr. 260 din 8 noiembrie 1948 (poziția 29), Academia Română a fost deposedată abuziv de acest imobil, care a trecut la Ministerul Afacerilor Externe. Academia Română, prin executorul judecătoresc, a depus la Primăria Municipiului București, în baza Legii nr. 10/2001, notificarea nr. 5044 din 22.10.2001, iar după intrarea în vigoare a Legii nr. 752/2001, completată prin Legea nr. 564/2004, a depus notificarea nr. 391/01.06.2005, prin care a solicitat retrocedarea 1/2 (jumătate) din imobilul din strada Berzei nr. 2, Sector 1.

Curtea de Apel București- Secția a III-a Civilă și pentru cauze cu minori și de familie¹ printr-o decizie irevocabilă, a dispus: „În rejudecare după casare: *Admite în parte acțiunea formulată de către reclamanta Academia Română, în contradictoriu cu pârâții Municipiul București prin Primarul General și Primăria Municipiului București. Constată că reclamanta este persoana îndreptățită la măsuri reparatorii în sensul Legii nr. 10/2001, modificată prin Legea nr. 165/2013. Obligă pârâții să restituie în natură reclamantei cota de 1/2 din dreptul de proprietate asupra imobilului din strada Berzei nr. 2, compus din: terenul de 230,42 mp. de sub construcție, identificat conform raportului de expertiză întocmit de expert F.C. și construcția identificată potrivit raportului de expertiză întocmit de expert D.P. Constată că reclamanta este persoana îndreptățită la măsuri compensatorii sub formă de puncte care se determină conform art. 21 alin. 6 din Legea nr. 165/2013 pentru cota indiviză de 1/2 din imobilul situat în strada Ezăreni nr. 4A, compus din construcție identificată conform expertizei întocmită de expert D.P. și teren în suprafață de 542,32 mp.*”.

În considerentele deciziei, Curtea de Apel București, Secția a III-a civilă și pentru cauze cu minori și de familie a reținut: „Imobilul din strada Berzei nr. 2, colț cu strada Ezăreni este compus din construcție, astfel cum a fost identificată prin raportul de expertiză întocmit de expert D.P., care face parte componentă din prezenta hotărâre, și teren în suprafață totală de 230,42 mp. aflat sub construcție, identificat prin raportul de expertiză întocmit de expert F.C., expertiză ce face parte componentă din prezenta hotărâre.

Pe acest imobil, în prezent, figurează ca proprietari statul român și titularii contractelor de vânzare-cumpărare nr. 9/112/1998 și nr. 100/112/1998 încheiate în baza Legii nr. 112/1995, respectiv numiții: B.S. și B.G. pentru apartamentul nr. 4, et. 2 cu terenul aferent de sub construcție și N.R. pentru apartamentul nr. 2, et. 1 cu terenul aferent de sub construcție. Având în vedere că imobilul în prezent se află în proprietatea statului în proporție de 82,16%, fiind liber în această proporție în sensul Legii nr. 10/2001 și al Legii nr. 165/2013 prin restituirea în natură a cotei de 1/2 din întregul imobil nu se aduce atingere drepturilor de proprietate dobândite de chiriașii cumpărători potrivit dispozițiilor Legii nr. 112/1995. Individualizarea efectivă a cotei de 1/2 din imobilul din strada Berzei nr. 2 ce se cuvine recurenței, se va realiza prin ieșirea coproprietarilor din indiviziune”.

Judecătoria Sector I București a soluționat cauza de ieșire din indiviziune²: „Admite în parte cererea. Dispune ieșirea din indiviziune cu privire la imobilul situat în strada Berzei, nr. 2, sector 1 compus din teren de 201,14 mp teren de sub construcție și construcție. Atribue reclamantei (Academia Română) lotul în valoarea de 344780 euro conform variantei I. Atribue pârâtei Municipiul București lotul în valoare de 353.795 conform variatei I. Obligă pârâta Municipiul București la plata către reclamantă a sumei de 9015 euro cu titlu de sultă pentru egalizarea loturilor. Obligă pârâta la plata către reclamantă a sumei de 3650 lei cu titlu de cheltuieli de judecată. Obligă reclamanta și pârâta Municipiul București la completarea taxei judiciare de timbru în cuantum de 94571,52 lei stabilită conform art. 5 rap la art. 36 din O.U.G. nr. 80/2013, cu suma de 89571,52 lei, fiecare 44785, 76 lei. Cu drept de apel în termen de 30 de zile de la comunicare. Cererea de apel se depune la Judecătoria Sectorului 1 București. Pronunțată în ședință publică azi, 30.09.2016”. Această sentință a fost atacată cu apel atât de reclamanta Academia Română, cât și de către pârâta Municipiul București, sub aspectul stabilirii cuantumului taxei de timbru, în condițiile în care stabilirea taxei de timbru s-a făcut de către instanța de judecată direct prin dispozitivul hotărârii, fără ca această problemă să fie pusă în discuția părților în ședință publică.

Critica formulată de către Academia Română a vizat problema de drept a stabilirii eronate a taxei de timbru în condițiile în care, inclusiv în căile de atac, nu sunt incidente dispozițiile O.U.G. nr. 80/2013, deci nu sunt incidente nici dispozițiile art. 5 raportate la art. 36 din O.U.G. nr. 80/2013, ci exclusiv dispozițiile art. 50 alin. (1) din Legea nr. 10/2001.

Interpretarea logico-gramaticală, teleologică ce constă în stabilirea sensului unei dispoziții legale ținându-se seama de finalitatea urmărită de legiuitor la adoptarea acelei norme, eventual într-un context istoric dat, a art. 50 alin. (1) din Legea nr. 10/2001 conduce la o singură concluzie: orice fel de acțiuni și cereri în justiție, deci și acțiunea de ieșire din indiviziune pentru un imobil supus dispozițiilor Legii nr. 10/2001, inclusiv contestații la executare precum și transcrierea sau intabularea titlurilor de proprietate, legate de aplicarea Legii nr. 10/2001 și de bunurile care fac obiectul acesteia sunt scutite de aplicarea taxei de timbru. Tribunalul București, Secția a V-a civilă prin decizia civilă nr. 3099 din 27.09.2017³ a respins apelurile ca nefondate. Motivarea deciziei menționate pentru respingerea apelului Academiei Române este următoarea: „Așadar, de îndată ce împotriva modului de stabilire a taxei, comunicat părții

¹ Decizia civilă nr. 1408 din 25.09.2013, dată în dosarul nr. 13862/3/2009 (2305/2012).

² Dosar nr. 20604/299/2015, sentința civilă nr. 16270 din 30 septembrie 2016.

³ Dosar nr. 20604/299/2015.

prin rezoluție, potrivit art. 31 alin. 1 și art. 33 alin. 2 din O.U.G. nr. 80/2013, nu se exercită calea de atac a reexaminării, ori dacă, exercitată fiind, este respinsă, problema existenței obligației de a achita o taxă și cuantumul acesteia rămâne definitiv stabilită în acea cauză, corespunzător acelui grad de jurisdicție (fază procesuală); pe calea apelului sau a recursului nu mai pot fi, prin urmare, invocate o scutire acordată de lege de la plata acestor taxe (în cazul dat – art. 50 alin. 1 din Legea nr. 10/2001), ori un alt cuantum (mai mic) legal datorat. Criticile reclamantei apelante, îndreptate către obținerea, în calea de atac, a unei recunoașteri a scutirii de la plata taxei, rămân astfel fără efect, instanța de apel neputând reforma hotărârea sub aspectul taxelor real datorate, dacă această chestiune nu a fost tranșată în faza procesuală anterioară, prin utilizarea procedurii reexaminării, ori trecând peste o încheiere de reexaminare ce reprezintă singura cale de atac recunoscută de lege în această privință”.

În opinia noastră această motivare în drept este eronată deoarece, nici apelanta Academia Română și nici apelantul Municipiul București, nu au avut posibilitatea legală de a contesta cuantumul taxei de timbru pe calea de atac a reexaminării, reglementată de art. 31 alin. 1 și art. 33 alin. 2 din O.U.G. nr. 80/2013, deoarece Judecătoria Sectorului 1 București a stabilit diferența de taxă de timbru direct în faza deliberării, și niciodată prima instanță nu a pus în discuția părților litigante diferența de taxă de timbru, situație ce rezultă din chiar dispozitivul sentinței civile nr. 16270/30.09.2016: „Obligă reclamanta și pârâta Municipiul București la completarea taxei judiciare de timbru în cuantum de 94571,52 lei stabilită conform art. 5 raportat la art. 36 din O.U.G. nr. 80/2013, cu suma de 89571,52 lei, fiecare 44785,76 lei”.

Așadar, cum Academiei Române nu i s-a comunicat prin rezoluție, potrivit art. 31 alin. 1 și art. 33 alin. 2 din O.U.G. nr. 80/2013, cuantumul taxei de timbru, în faza de verificare a cererii și regularizarea acesteia, conform dispozițiilor art. 200 din Legea nr. 134/2010 – noul Cod de procedură civilă, și nici pe parcursul judecării cauzei până la închiderea dezbaterilor, recurenta nu putea exercita calea de atac a reexaminării împotriva cuantumului taxei de timbru. Sub aspectul faptului că apelantei, Academia Română, nu i s-a comunicat prin rezoluție, potrivit art. 31 alin. 1 și art. 33 alin. 2 din O.U.G. nr. 80/2013, cuantumul taxei de timbru, în faza de verificare a cererii și regularizarea acesteia, conform dispozițiilor art. 200 din Legea nr. 134/2010, și nici pe parcursul judecării cauzei până la închiderea dezbaterilor, în opinia noastră, instanța de apel era obligată să examineze, conform art. 479 alin. (1) din Legea nr. 134/2010, legalitatea stabilirii cuantumului taxei de timbru de către instanța de fond. Controlul de legalitate al stabilirii legalității taxei de timbru de către instanța de apel se impunea în raport de dispozițiile art. 479 alin. (1) din Legea nr. 134/2010 deoarece aplicarea greșită a normelor de drept material privind cuantumului taxei de timbru nu a putut fi invocată de apelanta Academia Română, în fața instanței de fond, pentru situația ce rezultă din chiar dispozitivul sentinței.

Academia Română a ajuns în starea de indiviziune cu pârâta Municipiul București în mod forțat, fără voia sa, ca urmare a deciziei civile nr. 1408 din 25.09.2013, irevocabilă, pronunțată în dosarul nr. 13862/3/2009 (2305/2012) de către Curtea de Apel București, Secția a III-a civilă și pentru cauze cu minori și de familie. Pentru acțiunea de ieșire din indiviziune, acțiune derivată din aplicarea Legii nr. 10/2001, considerăm că Academia Română era scutită de plata taxei de timbru datorită incidenței normei speciale din art. 50 alin. 1 din Legea nr. 10/2001, normă derogatorie de la dispozițiile de drept comun în materia taxei de timbru, cuprinse în art. 5 alin. 2, art. 31 alin. 1, art. 33 alin. 2 și art. 36 din O.U.G. nr. 80/2013.

În judecarea acestei cauze, considerăm, cu privire la aplicarea și cuantumul taxei de timbru, că sunt incidente dispozițiile imperative cuprinse în legea special, art. 50 alin. 1 din Legea nr. 10/2001, conform principiului de drept „*lex specialis derogat legi generali*”, motiv pentru care apreciem că decizia civilă nr. 3099 din 27.09.2017 pronunțată de Tribunalul București, Secția a V-a civilă, nu corespunde scopului și finalității normei de drept anterior evocate.

Această problemă de drept, a datorării sau nu, a taxei de timbru în acțiunile de ieșire din indiviziune subsecvente unei hotărâri judecătorești prin care o cauză a fost soluționată pe temeiul Legii nr. 10/2001 și în care s-a dispus: „Individualizarea efectivă a cotei de ½ din imobilul din strada Berzei nr. 2 ce se cuvine recurteiei, se va realiza prin ieșirea coproprietarilor din indiviziune”, nu are o soluție juridică rezultată dintr-o hotărâre pronunțată în calea de atac a recursului, deoarece, atât Academia Română, cât și Municipiul București, nu au mai exercitat calea de atac a recursului. În această materie nu există în jurisprudență o soluție confirmată în calea de atac a recursului.

2. Probleme juridice generate la reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole preluate abuziv de la Academia Română, situate pe raza UAT Agiea – jud. Constanța

Prin cererile nr. 7501/01.11.2005, 8121/05.12.2005 și respectiv nr. 20173/02.12.2014 Academia Română – Serviciul Contencios a solicitat Comunei Agiea, reprezentată prin Primar, ca în conformitate cu prevederile Legii nr. 18/1991, Legii nr. 169/1997, Legii nr. 1/2000, Legii nr. 247/2005 să i se reconstituie dreptul de proprietate asupra suprafeței de 31,00 ha teren agricol aflat pe raza UAT Agiea jud. Constanta. În susținerea solicitării s-a menționat că cele 31.00 ha teren agricol au fost lăsate Academiei Române de către defunctul Jules Movila, conform voinței exprese a testatorului prin Testamentul din 8 ianuarie 1946, înregistrat în dosarul nr. 90/1946 la Tribunalul Ilfov, Secția III-a c.c.

Conform mențiunilor din Monitorul Oficial, Partea I B, nr. 260 din 3 noiembrie 1948: „Art. 1. – În baza dispozițiilor art. 68 alin. 2 ale Decretului nr. 198 din 13 august 1948, pentru statutul de organizare și funcționare al Academiei Republicii Populare Române, bunurile mobile și imobile, enumerate în prezentul articol, ce au aparținut fostelor: Academia Română, Academia de Științe și Academia de Medicină, trec în folosința ministerelor și instituțiilor arătate în dreptul fiecăruia, precum urmează: II. Bunuri rurale agricole și silvice: Bunuri aflate în deplina proprietate a Academiei Republicii Populare Române: 21. Teren agricol situat în comuna Laz, jud. Constanța, lăsat de către def. Iuliu Movilă, în suprafață totală agricolă de 31 ha, la Ministerul Agriculturii”.

Comisia locală pentru stabilirea dreptului de proprietate asupra pământului Agiea, prin adresa nr. 26161/20.12.2016, comunică Academiei Române: „Având în vedere cererile dumneavoastră nr. 7501/01.11.2005, nr. 8121/05.12.2005 și respectiv nr. 20173/02.12.2014, formulate în temeiul Legii nr. 247/2005, prin prezenta vă aducem la cunoștință faptul că, Comisia Locală pentru Stabilirea Dreptului de proprietate asupra terenului Agiea, a respins solicitarea dumneavoastră privind reconstituirea dreptului de proprietate a terenului solicitat ca fiind neîntemeiată și nedovedită cu acte oficiale, conform proces verbal de ședința al Comisiei Locale de fond funciar Agiea nr. 26086/19.12.2016”.

Academia Română, în termenul legal, a contestat adresa nr. 26161/20.12.2016 a Comisiei locale pentru stabilirea dreptului de proprietate asupra pământului Agiea și Procesului Verbal nr. 26086 încheiat în 19.12.2016, în ședința Comisiei locale pentru stabilirea dreptului de proprietate asupra pământului Agiea, deoarece acestea sunt înscrisuri informale emise de către Comisia locală de fond funciar Agiea, comisie care este autoritate publică cu activitate administrativă conform art. 52 alin. 1 din Legea nr. 18/1991 deoarece: 1) nu reprezintă „Hotărâri ale Comisiei locale de fond funciar Agiea; 2) nu sunt motivate în drept și sunt adoptate prin reținerea unei situații de fapt eronate: „Cu alte cuvinte cele 31.00 ha teren agricol au fost transferate anterior anului 1948 din proprietatea unei Entități a Statului Român – Ministerul Agriculturii în proprietatea unei alte Entități a Statului Român respectiv Academiei Române. Față de situația menționată, Comisia locală de fond funciar Agiea apreciază că, cererea Academiei Române de a i se reconstitui dreptul de proprietate asupra terenului agricol în suprafață de 31.00 ha, teren situat în sat Laz, comuna Agiea nu este temeinică și legală întrucât nu au fost preluată în mod abuziv de către Ministerul Agriculturii, ci au fost transferate de la o Instituție a Statului – Academia Română la Ministerul Agriculturii”. Situația juridică reală a acestui bun rezultă din mențiunile din Monitorul Oficial, Partea I B, nr. 260 din 3 noiembrie 1948: „Art. 1. – În baza dispozițiilor art. 68 alin. 2 ale Decretului nr. 198 din 13 august 1948, pentru statutul de organizare și funcționare al Academiei Republicii Populare Române, bunurile mobile și imobile, enumerate în prezentul articol, ce au aparținut fostelor: Academia Română, Academia de Științe și Academia de Medicină, trec în folosința ministerelor și instituțiilor arătate în dreptul fiecăruia, precum urmează: II. Bunuri rurale agricole și silvice: Bunuri aflate în deplina proprietate a Academiei Republicii Populare Române: 21. Teren agricol situat în comuna Laz, jud. Constanța, lăsat de către def. Iuliu Movila, în suprafața totală agricolă de 31 ha, la Ministerul Agriculturii”.

Din acest text, vădit interpretat eronat de către Comisia locală de fond funciar Agiea, terenul agricol situat în comuna Laz, jud. Constanța, lăsat de către defunctul Iuliu Movila, prin Testamentul din 8 ianuarie 1946, înregistrat în dosarul nr. 90/1946 la Tribunalul Ilfov Secția a III-a c.c., Academiei Române, a fost transferat, în mod abuziv către Ministerul Agriculturii.

Înscrisurile menționate au fost întocmite de către Comisia locală de fond funciar Agiea fără indicarea vreunei căi de atac și termenul de exercitare a acesteia, fiind simple înștiințări adresate Academiei Române.

În opinia noastră, Comisia locală de fond funciar Agiea a încălcat dispozițiile art. 1 alin. 1 și 2, art. 4, art. 5, art. 6, art. 7 alin. 1, art. 8 alin. 1 și alin. 2 lit. a), art. 32 din Legea nr. 165/2013 deoarece: a) nu menționează respectarea de către Comisia locală de fond funciar Agiea a dispozițiilor art. 8 alin. 1 și 2 din Legea nr. 165/2013, respectiv dacă comisia locală de fond funciar a centralizat sau nu toate cererile de restituire nesoluționate, în vederea stabilirii suprafeței de teren necesare în vederea finalizării procesului de restituire; b) aceste înscrisuri au fost întocmite cu încălcarea dispozițiilor art. 7. – (1) din Legea nr. 165/2013: „Până la întocmirea situației centralizatoare la nivel local, se suspendă emiterea hotărârilor de validare/invalidare de către comisiile județene de fond funciar sau, după caz, de către Comisia de Fond Funciar a Municipiului București, eliberarea titlurilor de proprietate, punerea în posesie de către comisiile locale de fond funciar, precum și orice alte proceduri administrative în domeniul restituirii fondului funciar”; c) aceste înscrisuri au fost întocmite cu încălcarea dispozițiilor Art. 32. – (1) din Legea nr. 165/2013: „Art. 32. – (1) Se instituie un termen de decădere în procedura administrativă, de 120 de zile, în care persoanele care se consideră îndreptățite pot completa cu înscrisuri dosarele depuse la entitățile investite de lege. Termenul curge de la data la care persoanei i se comunică în scris documentele necesare soluționării cererii sale”. În mod evident interpretarea eronată a actelor de proprietate ale Academiei Române, de către Comisia Locală de fond funciar Agiea, încalcă prevederile art. 1 din Primul Protocol adițional la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, și lipsește de dreptul de proprietate Academia Română. Până în prezent nu s-a răspuns de către Comisia locală de fond funciar Agiea și Comisia Județeană de aplicarea Legii nr. 18/1991 a județului Constanța la această contestație.

3. Problemele juridice generate de constituirea dreptului de proprietate Academiei Române asupra unor terenuri agricole în județul Călărași

Academia Română a fost chemată în judecată de către reclamanta Stațiunea de Cercetare și Dezvoltare Agricolă Mărculești (S.C.D.A.)⁴ pentru: 1) constatarea nulității absolute și anularea ca nelegale a HCJ nr. 757/30.03.2007, HCJ nr. 495/09.03.2007, HCJ nr. 1409 bis/22.06.2007, HCJ nr. 1964/2007 și HCJ nr. 736/09.05.2008, emise cu încălcarea prevederilor legale de către pârâta Comisia Județeană de Fond Funciar Călărași; 2) Anularea Titlului de proprietate nr. 164212/25.05.2007 și a tuturor actelor subsecvente HCJ-urilor sus-menționate, prin care s-a dispus reconstituirea dreptului de proprietate pentru suprafața de 1574,48 Ha pentru Academia Română; 3) să se dispună revenirea suprafeței de 1574,48 ha în domeniul public al statului, cu obligarea pârâtei, Academia Română, să ne lase liberă posesia și folosința acestei suprafețe de teren ca prerogative ale dreptului de administrare al unității noastre Stațiunea de Cercetare și Dezvoltare Agricolă Mărculești (S.C.D.A.). În drept, acțiunea reclamantei a fost întemeiată pe dispozițiile art. II alin. 2 din Legea nr. 213/1998 și art. III alin. 1 lit. b) din Legea nr. 169/1997.

S.C.D.A. Mărculești consideră că, actele întocmite de Comisia Județeană de Fond Funciar Călărași, prin care s-a dispus trecerea suprafeței de 1574,48 ha din domeniul public al statului în domeniul privat al autorităților administrative locale, respectiv UAT Perișoru, au fost emise cu încălcarea prevederilor art. 10 alin. 2 din Legea nr. 213/1998, conform căruia „trecerea din domeniul public în domeniul privat se face, după caz, prin hotărâre a Guvernului (...) dacă prin Constituție sau prin lege nu se dispune altfel”. S.C.D.A. Mărculești a susținut că niciuna dintre legile fondului funciar nu prevede o situație derogatorie, în sensul că trecerea imobilelor din domeniul public în cel privat să se realizeze altfel decât potrivit art. 10 alin. 2 din Legea nr. 213/1998, adică prin hotărâre a Guvernului, iar sancțiunea nerespectării competenței și a procedurii de dezafectare a terenurilor din domeniul public și de trecere a acestora în domeniul privat este expres prevăzută de art. II alin. 2 din Legea nr. 213/1998, respectiv nulitatea absolută.

4. Problemele de drept generate de acțiunea S.C.D.A. Mărculești

Printr-un act juridic cu forță normativă superioară, respectiv Legea nr. 45 din 20 martie 2009, a fost implicit modificată Anexa nr. 12. c) din H.G. nr. 1460/2006, publicată în M. Of. nr. 915 bis/10.XI.2006, iar în prezent S.C.D.A. Mărculești nu mai are în administrare suprafața de 2165,70 ha, ci suprafața redusă de 604,6775 ha, expres menționată în Anexa nr. 3, punctul II din Legea nr. 45 din 20 martie 2009.

Legea nr. 1/2000 cu modificările și completările ulterioare, modificată prin Articolul I punctul 14 din Titlul VI al Legii nr. 247/2005, modifică și completează art. 9 după cum urmează: 14. La art. 9, alin. (3) se modifică și vor avea următorul cuprins: „Art. 9.-(3) Terenurile agricole care au aparținut cu titlu de proprietate Academiei Române, universităților, instituțiilor de învățământ superior cu profil agricol și unităților de cercetare în 1945, revin în proprietatea acestora”. La art. 9, după alin. (3) se introduce un nou alineat, alin. (4), cu următorul cuprins: „(4) Reconstituirea dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole care au aparținut Academiei Române se face prin comasarea terenurilor de către Agenția Domeniilor Statului, la cererea Academiei Române, dacă nu se afectează vechile amplasamente ale foștilor proprietari și cu respectarea prevederilor Legii nr. 752/2001 privind organizarea și funcționarea Academiei Române, cu completările ulterioare”.

Terenul inclus în Titlului de proprietate nr. 164212 din 25.06.2007 emis de către Comisia județeană pentru stabilirea dreptului de proprietate asupra terenurilor Județul Călărași pe numele Academiei Române este supus regimului juridic reglementat de dispozițiile derogatorii ale legii speciale – art. 9 alin. (3), art. 9 alin. (4) din Legea nr. 1/2000 cu modificările și completările ulterioare, introduse prin art. I pct. 14 din Titlul VI al Legii nr. 247/2005, care implicit modifica și Anexa nr. 12 c) din H.G. nr. 1460/2006, modificată implicit prin Anexa nr. 3, pct. 11 din Legea nr. 45 din 20 martie 2009, cât și Legea nr. 213/1998. În acest sens s-a pronunțat și Curtea Constituțională prin decizia nr. 136/1999, raportat la art. 6 din Legea nr. 213/1998, care a statuat că: „deoarece restituirea în natură către foștii proprietari a unor asemenea bunuri din domeniul public ar urma să fie stabilită prin lege, ea ar urma să fie asimilată în privința acestor bunuri cu o prealabilă trecere a bunurilor respective în domeniul privat... așadar apartenența unui bun la domeniul public nu poate fi un obstacol pentru restituirea lui vechiului proprietar”.

În spiritul legilor speciale de fond funciar ce reglementează o reparație și procedurile de reconstituire a dreptului de proprietate asupra terenurilor agricole preluate în mod abuziv de la foștii proprietari cât și a principiul atribuirii în natură pe vechile amplasamente rezultă că aceste acte normative au instituit cu prioritate principiul realizării dreptului de proprietate față de principiul respectării procedurii, acest raționament impunându-se față de prevederile art. 44 alin. 1 din Constituția României care statuează, ca principiu, că dreptul de proprietate este garantat în mod egal, indiferent de forma de proprietate, publică sau privată, acest principiu fiind confirmat și de practica constituțională, respectiv decizia nr. 232/2005 prin care C.C.R. a arătat că exercițiul unui drept constituțional, cum este cel de proprietate, nu poate fi împiedicat de neîndeplinirea unei obligații ce cade în sarcina autorității publice.

Așadar, în opinia noastră, eventuala nerespectare de către autoritățile publice a unor dispoziții legale, cum sunt cele cuprinse în art. 10 alin. 2 din Legea nr. 213/1998, respectiv de către Ministerul Finanțelor Publice, care nu a

⁴ Cererea formează obiectul dosarului nr. 1787/116/2016 înregistrat pe rolul Tribunalului Călărași, Secția civilă.

sesizat Guvernul României pentru emiterea unei hotărâri de guvern privind trecerea din domeniul public al Statului Roman a terenului în suprafață de 1561,0225 ha, în domeniul privat, și nu a diminuat suprafața de 2165,70 ha, înregistrată la Ministerul Finanțelor Publice cu nr. MF 112139, cuprinsă în Anexa nr. 12.c) la H.G. nr. 1460/2006, dată în administrarea Stațiunii de Cercetare Dezvoltare Mărculești, la suprafața redusă de 604,6775 ha. expres menționată în Anexa nr. 3, punctul II din Legea nr. 45 din 20 martie 2009, cât și eventuala nerespectare de către Agenția Domeniilor Statului, Comisia județeană pentru stabilirea dreptului de proprietate asupra terenurilor Județul Călărași, Comisia locală de fond funciar Perișoru a dispozițiilor art. 10 alin. 2 din Legea nr. 213/1998, conform căruia „trecerea din domeniul public în domeniul privat se face, după caz, prin hotărâre a Guvernului(...) dacă prin Constituție sau prin lege nu se dispune altfel”, nu poate afecta, în nici un mod, exercițiul unui drept constituțional, cum este cel de proprietate al Academiei Române, care nu poate fi împiedicat de neîndeplinirea unei obligații ce cade în sarcina autorității publice.

În opinia noastră, prin validarea anexei nr. 28, pentru suprafață de 982,92 ha, amplasată pe teritoriul administrativ al comunei Perișoru, județul Călărași, suprafață ce face parte din suprafața de 5385 ha, comasată de Agenția Domeniilor Statului, pentru Academia Română, cât și soluționarea cererii de reconstituire a dreptului de proprietate și eliberarea Titlului de proprietate nr. 164212 din 25.06.2007 care a intrat în circuitul civil, pârâtei Academia Română i s-a creat o speranță legitimă în sensul jurisprudenței CEDO, ce reprezintă un „bun” conform art. 1 din Protocolul adițional nr. 1 la Convenția Drepturilor Omului.

Ceea de-a doua problemă juridică legată de acest litigiu este dată de faptul că reclamanta S.C.D.A. Mărculești nu are nici un interes „determinat, legitim, personal, născut și actual” în promovarea acestei acțiuni în condițiile în care aceasta are în administrare suprafața de 604,6775 ha, indispensabilă activității de cercetare-dezvoltare-inovare.

Așadar, printr-un act juridic cu forță normativă superioară, Legea nr. 45 din 20 martie 2009, a fost implicit modificată Anexa nr. 12.c) din H.G. nr. 1460/2006, publicată în M. Of. nr. 915 bis/10.XI.2006, S.C.D.A. Mărculești nemaivând în administrare suprafața de 2165,70 ha, ci suprafața redusă de 604,6775 ha. expres menționată în Anexa nr. 3, punctul II din Legea nr. 45 din 20 martie 2009. Rezultă că S.C.D.A. Mărculești nu are în prezent un interes „determinat, legitim, personal, născut și actual” conform cerințelor art. 33 din Legea nr. 134/2010 pentru promovarea acestei acțiuni.

Potrivit art. 35 alin. (1) din Legea nr. 18/1991 a fondului funciar, în forma în vigoare la data emiterii actului administrativ contestat „terenurile proprietatea statului sunt acele suprafețe intrate în patrimoniul său în conformitate cu prevederile legale existente până la data de 1 ianuarie 1990 și înregistrate ca atare în sistemul de evidență al cadastrului funciar general și în amenajamentele silvice”. Acest text de lege prefigura, în anul 1991, concepția despre domeniul public al statului edictată ulterior prin art. 6 alin. (1) din Legea nr. 213/1998, în sensul că aparțin statului numai acele terenuri care au intrat în mod legal în proprietatea statului până la data de 1 ianuarie 1990. Rezultă că în privința cererii de reconstituire a dreptului de proprietate formulată de pârâta Academia Română au fost respectate dispozițiile art. 5, art. 6 și art. 36 din Regulamentul de aplicare a Legii nr. 18/1991 și a art. 27 din legea fondului funciar – Legea nr. 18/1991. Comisiile de fond funciar după ce au făcut măsurătorile necesare și au delimitat prin amplasamente și vecinătăți terenul solicitat de Academia Română au validat cererea acestuia și i-au eliberat titlurile de proprietate care au intrat în circuitul civil. Tribunalul Călărași⁵ soluționând primul capăt de cerere din acțiunea reclamantei (capetele 2 și 3 de cerere au fost disjuncte) a admis excepția inadmisibilității acțiunii reclamantei, invocată din oficiu și a respins ca inadmisibilă acțiunea formulată de reclamanta Stațiunea de Cercetare și Dezvoltare Agricolă Mărculești. Instanța în mod corect a apreciat că „potrivit art. 53 alin. 2 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, republicată, modificată și completată, împotriva hotărârii comisiei județene se poate face plângere la judecătoria în a cărei rază teritorială este situat terenul, în termen de 30 de zile de la comunicare. Față de procedura judiciară reglementată de Legea nr. 18/1991, republicată, văzând și dispozițiile art. 22 alin. 5 C. pr. civ., potrivit cărora judecătorul nu poate schimba temeiul juridic al cererii, instanța de contencios administrativ a constatat ivită ipoteza reglementată de art. 5 alin. 2 din Legea nr. 554/2004”.

În cauză, în opinia noastră, este vorba despre o acțiune formulată împotriva unor hotărâri ale Comisiei Județene de Fond Funciar, care nu pot fi atacate prin procedura prevăzută de legea contenciosului administrativ (chiar dacă sunt acte administrative emise de o autoritate publică), deoarece pentru atacarea acestora, legiuitorul a prevăzut o altă procedură judiciară, prin lege organică, respectiv prin dispozițiile art. 53 alin. 2 din Legea fondului funciar nr. 18/1991, considerent pentru care a fost admisă excepția inadmisibilității acțiunii reclamantei. Hotărârea primei instanțe a fost confirmată printr-o decizie definitivă de către Curtea de Apel București, Secția a VIII-a civilă și de contencios administrativ și fiscal⁶.

⁵ Sentința civilă nr. 273/2018 din 17.04.2018, dată în dosarul 1787/116/2016.

⁶ Decizia civilă nr. 366/25.01.2019, dată în dosarul nr. 1787/116/2016.

RĂSPUNDEREA CIVILĂ PENTRU DAUNE MORALE ÎN REGLEMENTAREA ACTUALULUI COD CIVIL

Civil Liability for Moral Damage in The Actual Civil Code

Laura MANEA*

Rezumat: Instituție juridică cu rol principal în afirmarea și menținerea ordinii sociale, din societatea antică până în prezent, răspunderea civilă este o formă a răspunderii juridice, constând într-un raport juridic obligațional în temeiul căruia o persoană este îndatorată să repare prejudiciul cauzat altei persoane prin acțiunea sau inacțiunea sa, ori, în cazurile prevăzute de lege, prejudiciul în legătură cu care i se stabilește un raport de cauzalitate. Daunele morale sau nepatrimoniale formează obiectul răspunderii civile pe tărâm delictual încă din dreptul roman, prin așa numitele „delicte private”, continuând în același regim și în dreptul medieval, interval de timp în care delictele au fost îmbinate cu păcatele, pentru ca și în prezent repararea prejudiciului nepatrimonial alături de prejudiciul patrimonial, în unele cazuri, să facă obiectul tot al răspunderii civile delictuale. Ceea ce diferențiază în timp răspunderea pentru daune morale, avându-și originea în principiul de drept aflat la temelia raportului obligațional este natura reparației, căci dacă în dreptul roman sancțiunea consta în aplicarea unei amenzi (*actio in injuriarum*), în prezent reparația tot de natură pecuniară urmărește să acopere disconfortul psihic și/sau fizic cauzat prin fapta ilicită.

Cuvinte-cheie: daune morale, răspundere delictuală.

Abstract: Legal institution with a leading role in affirming and maintaining social order, from the ancient society to this date, civil liability is a form of legal liability, consisting in a legal obligation under which a person is obliged to repair the damage caused to another person through the action or inaction or, in the cases provided by law, the damage of which a causal relation is established. Moral or non-patrimonial damages are the object of civil liability in tort field since Roman law, by the so-called „private offenses”, continuing in the same regime also in the medieval law, a period of time when the offences were combined with sins, reparation of non-pecuniary damage along with patrimonial damage, in some cases, be subject to all civil tort liability. What differentiates in time the liability for moral damages, having its origin in the principle of law which is at the basis of the obligational relation, is the nature of the reparation, because if in Roman law the sanction consisted in the application of a fine (*actio in injuriarum*), in the present the pecuniary reparation seeks to cover the psychological and/or physical discomfort caused by the illicit deed.

Keywords: moral damages, tort liability

1. Introducere

În societatea omenească, nu-i este îngăduit nimănui să încalce sfera drepturilor altei persoane, provocând astfel un prejudiciu, fie prin acțiunea sa, directă sau indirectă, sau prin abținerea de la a acționa, percept pe care îl regăsim ca veche regulă de comportare socială a individului, încă din cele mai vechi comunități și orânduirii sociale, astfel încât această normă de conduită nu este circumscrisă exclusiv raporturilor juridice: *honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere* (Digeste).

Esența acestui percept cu privire la norma morală de a nu vătăma pe nimeni, este preluată astfel și în definiția dată dreptului roman în *Institutes lui Justinian*¹ prin enumerarea principiilor sale de către Ulpian²: „*juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*” („principiile dreptului sunt acestea: a trăi în mod onorabil, a nu vătăma pe altul, a da fiecăruia ce este al său”). În această definiție se regăsesc elemente de drept și de morală deopotrivă, Ulpian aducând la același nivel două principii de morală (a trăi în mod onest și a nu vătăma pe nimeni) și unul de drept (a da fiecăruia ce i se cuvine).

Aceste principii din dreptul roman dau aplicabilitate funcțiilor răspunderii civile și în societatea actuală, ca instituție juridică cu rol principal în afirmarea și menținerea ordinii sociale în societate. Cu privire la rolul social și juridic al răspunderii civile, în general, și impactul acesteia în evoluția omenirii și a statului de drept, opiniile

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Lector univ., Universitatea Transilvania Brașov, Facultatea de Drept; e-mail: manea@unitbv.ro

¹ *Corpus Iuris Civilis* (527-565) sau Codificarea lui Justinian reprezintă o primă culegere de constituții, intrat în vigoare în anul 529, fără a se păstra această primă redactare în prezent.

² Molcuț E., Oancea D, *Drept roman*, Casa de Editură și Presă „Șansa” S.R.L., București, 1993.

majoritare³ sunt în sensul că morala a fost cea care a influențat fenomenul răspunderii civile în primă instanță, urmând ca, la rândul ei, morala să fie adaptată fenomenului juridic.

În privința funcțiilor răspunderii civile, la o primă vedere se constată menținerea aceleiași linii de reglementare trasată în legislația națională de către legiuitorul de la 1864, respectiv cuprinderea în primele două paragrafe⁴ ale textului de lege (art. 1349 NCC⁵) a celor două funcții ale răspunderii civile: funcția preventiv-educativă și funcția reparatorie.

Și deși în organizarea textului art. 1349 C. civ. funcția preventivă este cuprinsă în primul paragraf, fiind urmată de funcția reparatorie, în prezent fundamentarea răspunderii civile delictuale se face pe imperativul reparării prejudiciului cauzat, și mai puțin pe culpa făptuitorului, sancționarea celui vinovat de producerea prejudiciului trecând pe rol secund, asistând astfel la „o reconstrucție juridică a instituției răspunderii civile axată pe prejudiciu, în plin proces de armonizare cu dreptul european”⁶. Reconstrucția instituției răspunderii civile prin noua reglementare din Codul civil în vigoare – Cap. IV Titlul II Cartea a V-a art. 1349-1380 – este constatată și în alte lucrări de specialitate juridică recente⁷.

2. Terminologie și definiții

Având în vedere faptul că, în societate, comportamentul individului este determinat de trebuințe derivând din firea noastră (trebuințe fiziologice), din mediul natural și social în care trăim (trebuințe economice și sociale), desfășurarea normală și armonioasă a vieții sociale a determinat conturarea unor norme de conduită care trebuie respectate de indivizi, în caz contrar intervenind forța coercitivă a societății, sub forma organizațională a statului de drept. Normele de conduită sunt de natură diferite, fapt pentru care identificăm în raport cu acestea mai multe forme ale răspunderii sociale: răspunderea juridică, răspunderea morală și răspunderea religioasă.

Răspunderea juridică ca formă a răspunderii sociale, prin raportare la conduita individului în societate și față de semenii săi în raporturile în care se angajează, îmbracă cele două forme distincte: răspunderea civilă și răspunderea penală, forme încadrate fiecare în ramurile aferente de drept privat și respectiv de drept public, deși o lungă perioadă de timp, de la reglementările din dreptul roman și până la vechiul drept european din Evul Mediu timpuriu, nu se făcea distincție completă între ele, în sensul că plata ce trebuia făcută victimei afectate prin orice faptă ilicită avea atât rol de pedeapsă, amendă, pentru făptuitor, cât și de reparație a prejudiciului cauzat, din perspectiva victimei.

În cadrul raportului obligațional reprezentat de răspunderea juridică, transferul obligației ce îi revine fiecărui individ de a repara prejudiciul cauzat altei persoane nu poate opera ca în cazul altor tipuri de cesiuni, și nici nu poate forma obiectul unei compensări, astfel încât fiecare își asumă și răspunde în final doar pentru pagubele cauzate direct sau indirect, după caz, respectiv victima nu poate pretinde o reparație dacă vina unui terț nu este cauza prejudiciului.

Dacă în vestul Europei, normele privind răspunderea civilă s-au detașat de cele ale răspunderii penale în mod complet la Revoluția franceză din 1789, în Țările Române separarea se produce prin reglementările cuprinse în Codul lui Calimach (1817) pentru Moldova și respectiv în Legiuirea Caragea (1818) pentru Țara Românească, reglementări desăvârșite prin Codul civil român intrat în vigoare la 1 decembrie 1865.

Asemănările dintre cele două specii ale răspunderii juridice, cea civilă și cea penală, datorate strămoșului comun din dreptul roman – delictul, nu trebuie să ducă la asocierea lor, întocmai unei relații de cuplu, căci fiecare formă de răspundere juridică în parte are finalitatea ei distinctă. În același timp, cumulul celor forme de răspundere este valid și plauzibil, căci prin aceeași faptă ilicită se pot încălca niveluri diferite ale ordinii de drept, respectiv valori sociale care fac deopotrivă obiectul protecției prin norme juridice de drept penal, respectiv prin norme juridice de drept civil, după cum prin aceeași faptă pot fi afectate valori sociale individuale diferite, atât de natură patrimonială, cât și de natură nepatrimonială.

Pentru încadrarea instituției răspunderii civile în dreptul civil trebuie să pornim de la raportul juridic existent, definit ca o relație socială, patrimonială sau nepatrimonială, reglementată de norma juridică de drept civil, în raport cu care instituția răspunderii civile reprezintă mijlocul de tragere la răspundere a celui care săvârșind o faptă ilicită prin care se cauzează altuia un prejudiciu⁸ va fi ținut/obligat să repare prejudiciul integral.

³ Pricope P., *Răspunderea civilă delictuală în reglementarea noului Cod civil, a Codului civil din 1864 și a dreptului european*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 18.

⁴ Conform art. 1349 C. civ. în vigoare – alin. 1: *Orice persoană are îndatorirea să respecte regulile de conduită pe care legea sau obiceiul locului le impune și să nu aducă atingere, prin acțiunile ori inacțiunile sale, drepturilor sau intereselor legitime ale altor persoane.* și alin. 2: *Cel care, având discernământ, încalcă această îndatorire răspunde de toate prejudiciile cauzate, fiind obligat să le repare integral.*

⁵ Legea nr. 287/2009 privind Codul civil a fost publicată în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009, a fost modificată prin Legea nr. 71/2011 și rectificată în M. Of. nr. 427 din 17 iunie 2011 și în M. Of. nr. 489 din 8 iulie 2011.

⁶ Neculăescu S., *Reflecții privind soluțiile noului Cod civil în materia răspunderii civile delictuale*, capitol în *Noul Cod civil. Comentarii, conform Noului Cod civil republicat*, lucrare coordonată de Uliescu Marilena, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice, ed. a III-a revizuită, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 190 și urm.

⁷ Boilă, L.R., *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 513.; Pop L., Popa I.F., Vidu S.I., *Tratat elementar de drept civil (conform noului Cod civil)*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

⁸ Costache M.P., *Rolul și valențele actuale ale principiilor și funcțiilor răspunderii civile*, în *Acta Universitatis George Bacovia. Juridica* – Volume 2, Issue 2/2013.

Conduita ilicită a persoanei răspunzătoare de repararea prejudiciului astfel creat este elementul de operare a distincției între fapta ilicită de natură civilă – sub forma delictului civil – și care angajează răspunderea civilă și fapta ilicită penală – sub forma infracțiunii – care conduce la aplicarea sancțiunii penale.

Astfel, o conduită ilicită (acțiune sau inacțiune) poate constitui numai infracțiune, fără a fi și un delict civil (fără să nască obligația la repararea unui prejudiciu), în doctrină fiind exemplificat prin tentativă, căci fapta în sine reprezintă un pericol social, însă nefinalizarea ei nu a determinat și un prejudiciu concret și real. În același timp o faptă poate fi generatoare de prejudiciu fără însă să intre în sfera infracțiunii datorită lipsei incriminării ei din perspectiva normelor de drept penal, categorie în care intră toate faptele – proprii și ale altora față de care există un anumit raport condițional – care în reglementarea dreptului civil obligă la repararea prejudiciului pentru a fi repusă victima în situația anterioară.

Răspunderea civilă delictuală și răspunderea penală, ca forme ale răspunderii juridice, sunt consecințele unei conduite ilicite, fie sub forma delictului civil, fie respectiv sub forma infracțiunii, și reprezintă fiecare în parte mijloace de apărare și restabilire a drepturilor subiective ale victimei.

Și pentru că raportul obligațional pe tărâm delictual implică existența unui prejudiciu, raportat la terminologia folosită de legiuitor se impun următoarele precizări de natură etimologică, pornind de la opiniile doctrinare:

a) *Pagubă* – termen folosit preponderent de Noul cod civil în reglementarea art. 1387 și art. 1388 C. civ., circumscrisă în special situației vătămării integrității corporale sau a sănătății, este astfel folosit în special pentru consecințe civile negative, cuantificabile pecuniar, rezultate din acte sau fapte juridice, inclusiv pentru un consecințe ce se vor produce în viitor.

b) *Prejudiciu* – termen folosit pentru exprimarea unei consecințe lezionare civile, de natură materială, morală sau mixtă, aduse victimei⁹ și cuantificabil, se regăsește preponderent în cuprinsul reglementării răspunderii civile din Noul Cod civil, începând cu art. 1349.

c) *Daună* – termen folosit pentru conturarea consecințelor negative rezultate dintr-un fapt sau act juridic lezionar, și resimțite de victimă exclusiv pe plan moral, nefiind susceptibilă de evaluare pecuniară, dar obligând pe autorul faptei la reparare prin plata unei indemnizații acoperitoare, fără însă ca partea lezată să fie repusă în situația anterioară producerii faptei (sintagmă folosită *daune morale*).

Deși sinonimi pe plan semantic, termenii de prejudiciu, pagubă și daună au sens apropiat inclusiv din perspectivă juridică, fiecare termen desemnând o consecință negativă care afectează patrimoniul sau integritatea fizică și/sau psihică (afecțiunea) victimei, în oricare din cazuri aceste consecințe reprezentând cel mai important element al răspunderii civile, și totodată o condiție esențială și necesară pentru nașterea raportului obligațional privind repararea¹⁰.

3. Răspunderea civilă, lato sensu

Răspunderea civilă are ca scop repararea unui prejudiciu¹¹, respectiv repunerea patrimoniului persoanei prejudiciate în situația în care s-ar fi aflat dacă nu se producea fapta ilicită, astfel încât persoana răspunzătoare trebuie să înlăture toate consecințele dăunătoare ale faptei sale. Din această perspectivă, abordarea răspunderii civile drept mijloc de apărare și restabilire a drepturilor subiective afectate și a intereselor tuturor persoanelor fizice și juridice¹² este făcută din perspectiva victimei față de care echilibrul social afectat trebuie restabilit.

Nici reglementarea anterioară, nici cea în vigoare acum nu au definit compact și unitar răspunderea civilă, formă a răspunderii juridice, fapt pentru care în literatura de specialitate juridică regăsim mai multe formulări.

Configurând un raport juridic obligațional, în care o persoană este îndatorată să repare prejudiciul cauzat altei persoane, cu care relaționează, prin fapta sa, respectiv prejudiciul de care se face răspunzător indirect, putem defini răspunderea civilă ca fiind acest raport obligațional¹³. O definiție doctrinară cuprinzătoare a tuturor elementelor răspunderii civile este și cea dată de Săche Neculaescu într-o lucrare despre fundamentul răspunderii civile delictuale în lumina vechii reglementări¹⁴: „*răspunderea este acel raport juridic de obligații în care o persoană, numită răspunzătoare, este îndatorată să repare prejudiciul injust suferit de către o altă persoană*”.

Fiind tulburat echilibrul social prin fapta ilicită, prin angajarea răspunderii civile se dorește atât apărarea intereselor victimei, printr-o reparație integrală, cât și apărarea intereselor întregii societăți din care fac parte victima și făptuitorul, urmărindu-se ca prin sancționarea acestuia din urmă să se realizeze și o educare în sensul conștientizării semnificațiilor sociale ale faptei cauzatoare de prejudicii și de a preveni săvârșirea de noi fapte ilicite prejudiciabile¹⁵.

⁹ Luchin Al., *Repararea prejudiciului nepatrimonial*, 2017, disponibil on-line <https://www.juridice.ro/494182/repararea-prejudiciului-nepatrimonial.html>, Accesat la 05.03.2019.

¹⁰ Pop, I.F. Popa, S.I. Vidu, *Tratat elementar de drept civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

¹¹ Pop L., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor. Tratat*, ed. a II-a, Ed. Fundației Chemarea, Iași, 1998, p. 164.

¹² Bărsan C., Stătescu C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. All, București, 1998, p. 124.

¹³ Pop L., *Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 160-161.

¹⁴ Neculaescu Săche, *Reflecții privind fundamentul răspunderii civile delictuale*, în *Dreptul* nr. 11/2006, p. 41.

¹⁵ Mangu F.I., *Funcțiile răspunderii civile în filosofia actualului Cod civil*, în *Analele Științifice ale Universității Al.I. Cuza Iași, Tomul LIX, Științe Juridice* nr. 1/2013.

Raportându-ne la legislația și doctrina franceză, vom regăsi aceleași repere definitorii: „*Caracteristica răspunderii civile este de a restabili, pe cât de exact posibil, echilibrul distrus prin daună și de a-l repune pe cel vătămat, pe cheltuiala celui responsabil, în situația în care s-ar fi găsit, dacă actul care a produs dauna nu ar fi avut loc*”¹⁶.

Esența răspunderii civile delictuale constă în existența unui prejudiciu, cauzat prin încălcarea drepturilor subiective sau a unor interese legitime ale unei persoane, condiții ce sunt obiective, în lipsa cărora nu se poate însă stabili o obligație de reparare¹⁷.

Prejudiciul nepatrimonial (extrapatrimonial sau moral) în cazul drepturilor personalității este un prejudiciu neeconomic, de obicei temporar. Un astfel de prejudiciu presupune ca victima să fi resimțit efectiv o suferință morală sau fizică. Repararea acestui prejudiciu nu constituie o compensare economică a unei valori patrimoniale, ci repararea satisfăcătoare a lezării unui drept fundamental al personalității. Evaluarea va consta în stabilirea unei indemnizații compensatorii menite să atenueze suferințele victimei¹⁸.

4. Principiile răspunderii civile

Conținutul și importanța răspunderii civile sunt reflectate de principiile pe care se fundamentează răspunderea civilă, abordarea doctrinară a acestora nefiind nici în acest caz unitară. Unitar este însă efectul acestor principii.

În timp ce unii autori¹⁹ evocă și analizează principiul legalității, cel al reparării integrale a prejudiciului și al reparării în natură a prejudiciului, alții²⁰, din considerente interpretative, elimină principiul legalității din această galerie, invocând caracterul de generalitate care îi incumbă, reținând și dezvoltându-le doar pe ultimele două.

Sunt principii generale ale dreptului, deci și izvoare de drept civil, în virtutea normativității, pentru întreg sistemul de drept, având rolul de a fundamenta legea, următoarele: principiul proprietății, principiul egalității în fața legii civile, principiul îmbinării intereselor personale cu interesele generale, principiul bunei-credințe, principiul garantării și ocrotirii drepturilor subiective civile. Dintre acestea, legiuitorul a consacrat expres în cazul răspunderii civile principiul reparării integrale a prejudiciului și principiul reparării în natură a prejudiciului, ambele dând valență funcției reparatorii a răspunderii civile.

A. Principiul reparării integrale a prejudiciului sau „restitution in integrum” presupune înlăturarea tuturor consecințelor dăunătoare ale unui fapt ilicit, în scopul restabilirii echilibrului, prin repunerea victimei în situația anterioară. Acest principiu este dedus din însăși esența ideii de răspundere civilă: refacerea echilibrului distrus prin intervenirea prejudiciului și repunerea victimei în situația anterioară producerii lui.

Această dezdăunare, dacă posibilitatea ca, atât *damnum emergens* (paguba suferită), cât și *lucrum cessans* (beneficiul nerealizat), să fie acoperite integral, ca urmare a funcției reparatorii care incumbă răspunderii civile, după cum rezultă și din dispozițiile art. 1385 alin. (3) C. civ.: „*Despăgubirea trebuie să cuprindă pierderea suferită de cel prejudiciat, câștigul pe care în condiții obișnuite el ar fi putut să îl realizeze și de care a fost lipsit, precum și cheltuielile pe care le-a făcut pentru evitarea sau limitarea prejudiciului*”.

În cazul răspunderii civile reparația trebuie să fie integrală, orice act normativ care ar limita dreptul victimei de a pretinde reparația integral ar contraveni flagrant prevederilor art. 6 alin.1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului²¹.

În ceea ce privește întinderea prejudiciului, practica judiciară a statuat că fiind vorba de repararea unui prejudiciu patrimonial, singurul criteriu pentru determinarea cuantumului despăgubirilor este prin raportare la întinderea acestora, și nu la situația materială a victimei, care nu influențează sancțiunea civilă²², respectiv prin consacarea actuală a art. 1349 C. civ. referitor la îndatorirea persoanei de a respecta regulile de conduită fără a aduce atingere drepturilor sau intereselor altor persoane, acela care încalcă norma va fi ținut să acopere integral prejudiciul cauzat, angajarea răspunderii nemaifiind condiționată nici de culpa/greșeala autorului sau întinderea acesteia (în acest sens Decizia nr. 2358 din 24 iunie 2014 pronunțată de Secția a II-a a Înaltei Curți de Casație și Justiție).

¹⁶ Savatier Rene, *Traite de la responsabilite civile en droit francais*, Tome I, Sirey, Paris 1951, *apud* Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilite et des contrats*, Dalloz, Paris, 2006 p. 367, *apud* Costache P.M., *op. cit.*

¹⁷ Neculescu I., *Reflecții privind soluțiile noului Cod civil în materia răspunderii civile delictuale, în Noul Cod civil. Comentarii, conform Noului Cod civil republicat*, coordonator Marilena Uliescu, Academia Română, Institutul de cercetări juridice. Departamentul de drept privat „Traian Ionașcu”, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

¹⁸ Luchin AL., *Repararea prejudiciului nepatrimonial*, 2017, disponibil on-line <https://www.juridice.ro/494182/repararea-prejudiciului-nepatrimonial.html>, Accesat la 05.03.2019.

¹⁹ Pe lângă principiile enunțate am adăuga principiul proporționalității dintre sancțiune și gravitatea faptei, principiul umanismului răspunderii și principiul prevenției prin răspundere.

²⁰ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, T.U.B., 1992, p. 69.

²¹ Art. 6 alin. 1 Convenția Europeană a Drepturilor Omului: *Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public, și într-un termen rezonabil a cauzei sale de către o instanță independentă și imparțială, instituită prin lege, care va hotări asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil...*

²² Ciochină-Barbu I., *O nouă viziune asupra prejudiciului ca element al răspunderii civile delictuale*, accesibil în format electronic <http://www.ugb.ro/Juridica/Issue12013/1.O.noua.viziune.asupra.prejudiciului.Ciochina.RO.pdf>

Prejudiciul moral este, în general, prezumat de instanța în prezența unei legături de familie suficient de apropiată: cei care vor profita sunt ascendenții, descendenții și soțul. De asemenea, cercul familial poate fi lărgit, în funcție de circumstanțe, la frați, surori sau alte persoane, atunci când există între victimă și reclamant o adevărată comuniune afectivă. În noul Cod civil este prevăzut faptul că cel care a făcut cheltuieli pentru îngrijirea sănătății victimei sau, în caz de deces a acesteia, pentru înmormântare, are dreptul la înapoierea lor de la cel care răspunde pentru fapta ce a dus la aceste cheltuieli²³.

În dreptul european au fost întotdeauna dispute în acest domeniu, uneori numai de nuanță, alteori chiar în privința posibilității acordării de despăgubiri materiale pentru prejudiciile morale. Ideea dominantă este cea cu privire la admitere.

B. Principiul reparării în natură a prejudiciului apare transpus expressis verbis prin dispozițiile art. 1386 alin. 2 C. civ., pe care-l reproducem parțial în cele ce urmează: „*Repararea prejudiciului se face în natură, prin restabilirea situației anterioare, iar dacă aceasta nu este cu puțință ori dacă victima nu este interesată de reparația în natură, prin plata unei despăgubiri, stabilite prin acordul părților sau, în lipsă, prin hotărâre judecătorească*”. Victima este dezdăunată în primă fază prin repararea în natură, reparația prin echivalent fiind admisă doar dacă nu este posibilă reparația în natură, sau la cererea expresă a părții vătămate de a se acoperi astfel prejudiciul.

1. Funcția reparatorie a răspunderii civile, fundament al reparației daunelor morale

Funcția reparatorie exprimă fără tăgadă esența răspunderii civile, căci în lipsa prejudiciului nu s-ar mai pune problema răspunderii, pornind de la definițiile antamate care vorbesc despre răspunderea civilă ca un de un raport obligațional.

Supremația funcției reparatorii a răspunderii civile față de cea preventiv-educativă rezultă cu claritate din cuprinsul normei art. 1368 C. civ. intitulat *Obligația subsidiară de indemnizare a victimei* incident în cazul lipsei de discernământ a făptuitorului, cauză care nu îl scutește de obligația acordării unei indemnizații reparatorii către victimă, în condițiile în care lipsa discernământului atrage imposibilitatea angajării răspunderii persoanei răspunzătoare de prejudiciu.

Coroborând caracteristicile răspunderii civile regăsim valența preeminenței funcției reparatorii față de cea preventiv-educativă. Astfel, mecanismul declanșării răspunderii civile se face la stăruința persoanei vătămate, respectiv a titularului dreptului lezat, astfel că dacă victima nu solicită, pe calea acțiunii în răspundere civilă delictuală sau contractuală, după caz, societatea nu se autosesizează.

Obligativitatea legală a sesizării din oficiu a organelor statului în caz de vătămare patrimonială printr-o faptă ilicită, cum este situația sesizării din oficiu a organelor de urmărire penală în cazul săvârșirii anumitor infracțiuni, ar fi putu fi un argument major al preeminenței funcției educativ-preventive, cum este cazul răspunderii penale.

O a doua caracteristică a răspunderii civile rezidă în identitatea dintre sancțiunea civilă aplicată făptuitorului și obligația de reparare a prejudiciului, astfel fiind satisfăcute

Deopotrivă atât interesele personale cât și cele patrimoniale ale victimei prejudiciate, întinderea despăgubirii fiind egală cu cea a prejudiciului cauzat, nici mai mult, nici mai puțin. Astfel, prin angajarea răspunderii civile delictuale și contractuale se asigură satisfacerea interesului particular a celui păgubit, interesul social nefiind configurat.

A treia caracteristică a răspunderii civile care susține funcția reparatorie este faptul că deși încălcarea unui drept obiectiv constituie o condiție necesară angajării civile, nu este și suficientă în lipsa și a lezării unor drepturi subiective sau interese legitime, deoarece acțiunea în răspundere civilă este condiționată de dovedirea interesului reclamantului în promovarea sa, respectiv de lezarea unui interes subiectiv al victimei din raportul obligațional al răspunderii și cauzării, pe cale de consecință, a unui prejudiciu reclamantului.

Faptul că prevalează și este obligatorie reparația prejudiciului, indiferent de gradul de culpabilitate a persoanei răspunzătoare, este o caracteristică a regimului actual al răspunderii civile și un argument al supremației funcției reparatorii, coordonatele instanței de judecată în vederea angajării răspunderii civile raportându-se strict la cuantumul prejudiciului.

Lipsa obligativității executării personale de către făptuitor a sancțiunii civile aplicate, în acest caz amintind posibilitatea răspunderii asigurătorului în cazul unui contract de risc de asigurare angajat de către persoana răspunzătoare, respectiv posibilitatea substituirii legale a persoanei răspunzătoare de către o altă persoană, între acestea două existând o anumită relație/raport (exemplu relația de familie în cazul răspunderii pentru fapta minorului sau un raport de prepușenie ca în cazul răspunderii comitenților pentru faptele prepușilor), este o caracteristică specifică răspunderii civile, spre deosebire de răspunderea penală care este directă și personală, și totodată un argument în susținerea preeminenței funcției reparatorii.

²³ Luchin Al., *Repararea prejudiciului nepatrimonial*, 2017, disponibil on-line <https://www.juridice.ro/494182/repararea-prejudiciului-nepatrimonial.html>, Accesat la 05.03.2019.

2. Concluzii privind admiterea cererii privind acordarea de daune morale

Noul Cod civil era o necesitate stringentă a vieții juridice românești, coroborat cu regimul juridic al răspunderii civile în legislațiile statelor membre ale Uniunii Europene: în lumina actualelor texte de lege instituția juridică a răspunderii civile își relevă scopul imediat de a proteja integral și în natură patrimoniul victimei unui prejudiciu, în timp ce scopul mediat al antrenării raportului juridic civil de răspundere este de a sancționa fapta ilicită săvârșită de persoana răspunzătoare din perspectiva prevenției față de prejudicierea valorilor sociale.

Principiile care guvernează instituția răspunderii civile converg spre singura finalitate a acestei instituții juridice: repunerea patrimoniului victimei în situația anterioară în care fapta prejudiciabilă nu s-ar fi produs, securizând astfel din punct de vedere social patrimoniul fiecărui individ față de faptele ilicite ale terților în raporturile care se nasc în societate.

Astfel, principiile reparării cu preeminență și cu preponderență, în natură și în integralitatea sa paguba suferită de victimă converg la asigurarea funcției reparatorii a răspunderii civile, ca instituție juridică, funcție de natură socială din perspectiva victimei care se află în centrul raportului obligațional al reparației. Modalitatea de sancționare a autorului faptei ilicite și asigurarea funcției educativ-preventive a răspunderii civile trece în plan secund odată cu introducerea în ecuația răspunderii civile delictuale a patrimoniului terțului asigurător care va suporta, în final, în baza unui contract de asigurare consecințele nefaste ale faptei ilicite prejudiciabile, autorul faptei reprobabile fiind obligat, în baza aceluiași contract de asigurare, la plata primelor de asigurare.

Fapta ilicită săvârșită chiar și cu minimă vinovăție cauzatoare însă de un prejudiciu pentru victimă implică întotdeauna și cu prioritate repararea prejudiciului cauzat, ideea de echitate socială care fundamentează această obligație pentru persoana răspunzătoare regăsindu-și astfel aplicația în vechiul dar atât de actualul *suum quique tribuerre*²⁴.

Preeminența funcției reparatorii justificată pe caracterul patrimonial al instituției răspunderii civile în actuala reglementare a Codului civile este consecința încadrării prejudiciului ca expresie a inechității față de victima faptei ilicite și de patrimoniul acesteia, căci în egală măsură rezidă obligația reparării prejudiciului și în situația unui fapt licit, de pildă îmbogățirea fără justă cauză, dar și în cazul neexecutării culpabile a unui contract.

În prezent, reparația daunelor morale prin acordarea de despăgubiri bănești este împărtășită nu numai de doctrină și jurisprudență, dar și de legiuitor, care a admis posibilitatea reparației prejudiciului moral sau nepatrimonial în anumite materii speciale, atât contractuale, cât și extracontractuale, iar noul Cod civil confirmă aceasta concepție, astfel încât instanțele de judecată vor admite acest tip de reparație, având explicit temeiul juridic, iar probatoriul urmând a fi făcut de partea vătămată prin raportare la importanța valorii sociale afectate prin fapta ilicită pentru desfășurarea în condiții de normalitate a vieții acesteia, atât a vieții de familie cât și a celei profesionale.

Considerăm, cu valoare de principiu, că aprecierea judecătorului privind evaluarea daunelor morale este una subiectivă, dar criteriile care au stat la baza cuantumului despăgubirilor sunt obiective și pot forma obiectul controlului judiciar. De asemenea, și CEDO²⁵ afirmă că despăgubirile trebuie să prezinte un raport rezonabil de proporționalitate cu atingerea adusă reputației, având în vedere, totodată, gradul de lezare a valorilor sociale ocrotite, intensitatea și gravitatea atingerii adusă acestora.

²⁴ Mangu F.I., *op. cit.*, p. 232.

²⁵ C.E.D.O., 13 iulie 1995, cauza *Tolstoy Miloslovsky vs. Regatul Unit*.

NATURA JURIDICĂ A CONTRACTULUI DE FURNIZARE DE SERVICII MEDICALE

The Juridical Nature of Supply Agreement of Medical Services

Laura-Valeria MALINETESCU*

Rezumat: De la data intrării în vigoare a Legii nr. 145/1997 – primul act normativ care a introdus principiile asigurărilor sociale de sănătate în România și a reglementat că relațiile dintre casele de sănătate și furnizorii de servicii medicale se derulează pe bază de contract, și până la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 150/2002, calificarea contractelor de furnizare de servicii medicale a reprezentat un subiect controversat. Reglementarea lacunară a lăsat la aprecierea specialiștilor și a instanțelor de judecată stabilirea naturii juridice a acestor relații contractuale, ceea ce a condus în timp la o practică neunitară în domeniu, prin încadrarea acestora în diferite ramuri de drept. Disputele cauzate de dificultățile de calificare a contractelor de furnizare de servicii medicale au determinat legiuitorul să introducă sub incidența sferei de aplicare a dreptului civil contractele de furnizare de servicii medicale, ceea ce le-a consacrat ca o instituție juridică proprie dreptului civil.

Dar, desigur, este vorba de o instituție excepțională de drept civil, iar prin extensie, raportat la întregul sistem de drept privat. Casele de asigurări de sănătate apar ca persoane juridice de drept privat, supuse, în același timp, regulilor de drept public. Astfel încât, specificitatea domeniului nu poate fi revendicată în totalitate de dreptul privat.

Cuvinte-cheie: asigurări sociale de sănătate, contracte de furnizare de servicii medicale, controversă juridică, dificultăți calificare contracte, natura juridică a contractelor.

Abstract: From the enforcement of Law no. 145/1997 – the first normative act that introduced the principles of social health insurance in Romania and regulated that the relations between the health insurance houses and the providers of medical services are carried out on a contractual basis, and until the date of coming into force of the Emergency Ordinance Government no. 150/2002, the qualification of contracts for the provision of medical services was a controversial subject. Insufficient regulation left the experts and courts to appreciate the legal nature of these contractual relationships, which in time led to a non-unitary practice in the field, by framing them in different branches of law. The disputes caused by the difficulty in qualifying health care contracts have led the legislator to include the provision of medical services under the scope of civil law, which has established them as a legal institution in the field of civil law.

But, of course, it is an exceptional institution of civil law, and by extension, in relation to the whole system of private law. Health insurance houses appear as legal entities governed by private law, subject at the same time to rules of public law. Thus, the specificity of the domain can not be fully claimed by private law.

Keywords: social health insurance, contracts for the provision of medical services, legal controversy, difficulty qualifying contracts, the legal nature of the contracts.

1. Contractarea serviciilor medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate din România

Legea nr. 145/1997 a asigurărilor sociale de sănătate¹, a fost primul act normativ care a introdus principiile asigurărilor sociale de sănătate în România.

Având ca sursă de inspirație modelul Bismarck², actul normativ a instituit caracteristici noi și democratice în ceea ce privește sistemul de ocrotire a sănătății populației.

Astfel, în ceea ce privește organizarea și funcționarea sistemului de asigurări sociale de sănătate, au fost reglementate la nivel de principiu următoarele: cuprinderea obligatorie a populației într-un sistem unitar de protecție socială, alegerea liberă de către asigurat a medicului, unității sanitare și a casei de asigurări de sănătate, acordarea unui

* Doctorand, Universitatea „Titu Maiorescu”, Școala Doctorală – Domeniul Drept; e-mail: laura.bologa@gmail.com.

¹ Legea asigurărilor sociale de sănătate nr. 145/1997, publicată în M. Of. nr. 178 din 31 iulie 1997 reglementa la art. 1 alin. (2) faptul că asigurările sociale de sănătate sunt obligatorii și funcționează descentralizat, pe baza principiului solidarității și subsidiarității în colectarea și utilizarea fondurilor, precum și a dreptului alegerii libere de către asigurați a medicului, a unității sanitare și a casei de asigurări de sănătate.

² Pentru o analiză amplă asupra sistemelor de sănătate vezi Vlădescu, C., *Sănătate publică și management sanitar*, Ed. Cartea Universitară, București, 2004, p. 239-268. Sistemul de asigurări sociale de sănătate tip Bismarck, a fost introdus la sfârșitul secolului al XIX-lea în Germania de cancelarul Otto von Bismarck, iar în prezent îl regăsim și în Austria, Belgia, Franța și Olanda. Sistemul de asigurări sociale de sănătate, dezvoltat în România, după anul 1997, are ca sursă de inspirație tot sistemul de sănătate Bismarkian. Sistemul Bismarck este finanțat prin contribuția obligatorie (sub formă de prime obligatorii de asigurare), plătită atât de angajați, cât și de angajatori sau/și prin taxe generale provenite de la bugetul de stat. Esența sistemului de tip Bismarkian o constituie faptul că angajatul și angajatorul suportă contribuțiile de asigurări de sănătate în funcție de venit și nu de starea de sănătate a persoanelor care se asigură. De asemenea, terțul plătitor este reprezentat de casele de asigurări publice obligatorii „non-profit”.

pachet definit de servicii medicale – reglementate prin Contractul-cadru, finanțarea sistemului din contribuții și subvenții de stat, măsuri necesare asigurării unui echilibru financiar, funcționarea descentralizată, solidaritate și subsidiaritate în colectarea și utilizarea fondurilor, echitate, accesibilitate în acordarea serviciilor medicale etc.

Dar, între toate aceste schimbări legislative majore, un loc important l-a ocupat reglementarea faptului că relațiile dintre casele de asigurări de sănătate și furnizorii de servicii medicale se derulează pe bază de contract³.

Aceste măsuri au avut ca unic obiectiv îmbunătățirea performanței sistemului de asigurări de sănătate. Interesul individual al părților contractante a trebuit să transcendă într-un interes general și colectiv și de aceea modul în care se desfășoară contractarea serviciilor de sănătate este cea mai importantă activitate din sistemul de asigurări sociale de sănătate.

Desigur că, o asemenea reglementare lacunară, a lăsat la aprecierea specialiștilor și a instanțelor de judecată stabilirea naturii juridice a acestor relații contractuale, ceea ce a condus în timp la o practică neunitară în domeniu.

Potrivit literaturii de specialitate, calificarea unitară a contractelor este facilă în acele sisteme de drept care recunosc jurisprudenței statutul de izvor de drept formal, cum este sistemul francez sau american, însă a întâmpinat dificultăți în sistemul nostru de drept, unde singura cale de a impune o anumită calificare juridică pe întreg teritoriul țării ar fi fost o decizie în interesul legii a Înaltei Curți de Casație și Justiție.

În consecință, de-a lungul timpului, doctrina, jurisprudența, dar și practicile extrajudiciare au oferit câteva opinii cu privire la întinderea sferei de aplicare a acestor raporturi juridice și la încadrarea acestora în diferite ramuri de drept (civil, comercial sau administrativ), dat fiind faptul că de la data intrării în vigoare a Legii nr. 145/1997 și până la data intrării în vigoare a O.U.G. nr. 150/2002⁴, contractele de furnizare de servicii medicale⁵, medicamente și dispozitive medicale utilizate în sistemul de asigurări sociale de sănătate erau contracte nenumite⁶, care ridicau probleme de calificare în ceea ce privește natura juridică a acestor relații contractuale.

2. Natura juridică a contractelor de furnizare de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale

Potrivit art. 1167 C. civ., toate contractele se supun regulilor generale stabilite prin acest cod, regulile particulare privind anumite contracte fiind prevăzute fie în Codul civil, fie în legi speciale. Acesta este rezultatul renunțării la dualitatea dreptului privat⁷, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod civil, care consacră teoria monistă, respectiv a unificării tuturor dispozițiilor de drept privat într-o singură materie, prin renunțare la dispozițiile care evidențiau particularitățile obligațiilor comerciale⁸.

În acest context, având în vedere și faptul că legiuitorul a cuprins expres contractele de furnizare de servicii medicale în sfera de reglementare a dreptului civil, în materia furnizării de servicii medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate își găsesc aplicabilitatea dispozițiile de drept comun cuprinse la art. 1167 C. civ., acestea supunându-se regulilor generale de drept comun, regulile particulare fiind prevăzute atât de Codul civil, cât și legislația specială care guvernează sistemul de asigurări sociale de sănătate.

Astfel, natura juridică a contractelor de furnizare de servicii medicale este incontestabilă. Acestea intră în sfera contractelor civile, care se supun regulilor generale prevăzute la art. 1166-1323 C. civ. și regulilor speciale instituite de actele normative care reglementează materia acestora⁹.

³ Potrivit art. 41 alin. (1) din Legea nr. 145/1997, *relațiile dintre furnizorii de servicii medicale și casa de asigurări de sănătate se stabilesc și se desfășoară pe bază de contract*.

⁴ O.U.G. nr. 150/2002 privind organizarea și funcționarea sistemului de asigurări sociale de sănătate a fost publicată în M. Of. nr. 838 din 20 noiembrie 2002 și este actul normativ care a guvernat sistemul de asigurări sociale de sănătate până la data intrării în vigoare a Legii nr. 95/2006. Potrivit art. 39 alin. (1), *relațiile dintre furnizorii de servicii medicale și casele de asigurări sunt de natură civilă, se stabilesc și se desfășoară pe bază de contract care se încheie anual. În situația în care este necesară modificarea sau completarea clauzelor, acestea sunt negociate și stipulate în acte adiționale*.

⁵ Pentru mai multe detalii, a se vedea A.T. Moldovan, *Tratat de drept medical*, Curs Universitar, Ed. All Beck, București, 2002, p. 76-79; I. Turcu, *Dreptul sănătății: frontul comun al medicului și juristului*, București, Ed. Wolters Kluwer, 2010, p. 148-149.

⁶ Potrivit literaturii de specialitate, în funcție de reglementarea expresă în legislația civilă – Codul civil sau alte legi civile, contractele pot fi numite sau nenumite. Pentru contractele nenumite este aplicabil dreptul comun al contractului, iar dacă această reglementare este neîndeșulătoare, se aplică reglementarea pe care legea o face celui mai apropiat contract. Pentru a se determina regimul juridic aplicabil, este necesară *calificarea juridică a contractului*, cea mai frecventă operație pe care o face cel care aplică dreptul. Ea presupune încadrarea unei situații juridice concrete în prevederile legale, spre a i se determina regimul juridic aplicabil. În contracte, calificarea înseamnă mai întâi să se stabilească dacă o anumită convenție a fost încheiată cu intenția de a produce efecte juridice, și nu doar de circumstanță, din curtoazie sau condescendență, urmând ca apoi să se determine tipul de contract cel mai apropiat voinței exprimate a părților, spre a i se stabili natura juridică, în vederea determinării efectelor juridice concrete. Vezi și Stătescu Constantin, Bîrsan Gheorghe, *Drept civil – Teoria generală a obligațiilor*, ed. a IX-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 34-35; Pop Liviu, *Drept civil român – Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Lumina Lex, București, 1998, p. 42-43.

⁷ S. Angheni, *Raporturile juridice dintre profesioniștii-comercianți*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 2.

⁸ Teoria monistă are la baza ideea că există o singură ordine juridică ce are drept componente dreptul național și dreptul internațional, iar una din aceste componente primează asupra celeilalte. Ștefănescu, B., *Curtea de Justiție a Comunităților Europene*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1979.

⁹ În prezent: Legea nr. 95/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare; H.G. nr. 140/2018 pentru aprobarea pachetelor de servicii și a Contractului-cadru care reglementează condițiile acordării asistenței medicale, a medicamentelor și a dispozitivelor medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2018-2019, cu modificările și completările ulterioare; Ordinul ministrului sănătății și

3. Furnizarea de servicii medicale, instituție de drept multidisciplinară

Preocuparea legiuitorului de a introduce sub incidența sferei de aplicare a dreptului civil contractele de furnizare de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale, prin actul normativ care guverna sistemul de asigurări sociale de sănătate, a pus capăt disputelor cauzate de dificultățile de calificare a contractelor de furnizare de servicii medicale, consacrandu-le ca o instituție juridică proprie dreptului civil.

Cu privire la acest ultim aspect, în vederea definitivării analizei asupra naturii juridice a acestor contracte, este interesant de studiat dacă furnizarea de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate din România constituie o instituție juridică a dreptului civil, aflată la granița dintre dreptul public și dreptul privat.

Furnizarea de servicii medicale reprezintă modalitatea prin care, în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate, profesioniștii – persoane fizice sau juridice de drept public sau drept privat, în baza unui cadru normativ și contractual bine conturat și delimitat, desfășoară activitate medicală, în scopul asigurării asistenței medicale necesare persoanelor asigurate.

Beneficiarii acestor raporturi juridice sunt *asigurații – pacienții*, aflați în centrul sistemului de asigurări sociale de sănătate, pentru care casele de asigurări de sănătate joacă rolul de „cumpărători” de servicii medicale, în schimbul plății contribuției de asigurări sociale de sănătate de către aceștia. Dar, obligația legală a unei case de asigurări de sănătate – instituție publică, de a efectua „fapte de comerț” și de a se comporta ca un profesionist în raporturile juridice de furnizare de servicii medicale, nu o transformă pe aceasta într-un profesionist, o astfel de calificare ar fi contrară naturii sale juridice¹⁰.

Astfel că, aparent, în acest raport juridic, părțile nicidecum nu se află în poziție de egalitate juridică. Și aceasta întrucât, astfel cum am mai arătat într-o lucrare anterioară¹¹, contractele de furnizare de servicii medicale reprezintă acte juridice condiție în raport de rolul voinței părților în stabilirea conținutului actelor juridice civile, respectiv sunt acte la a căror încheiere părțile își exprimă voința numai în privința nașterii, conținutul acestuia fiind predeterminat de norme de la care părțile nu pot deroga¹². Într-adevăr, în cuprinsul acestora pot fi prevăzute și alte clauze suplimentare, negociate de părți, dar tot în limita prevederilor legale în vigoare¹³.

Ca o paranteză, consider că ar fi interesant de studiat natura duală (hibridă) a acestor contracte, respectiv acte juridice condiție și în același timp contracte de adeziune¹⁴, problematică cu implicații asupra interpretării clauzelor contractuale în raport de rolul voinței părților la stabilirea acestora¹⁵. În acest context trebuie precizat faptul că, potrivit art. 1269 alin. (2) C. civ., stipulațiile înscrise în contractele de adeziune se interpretează împotriva celui care le-a propus. Ca regulă generală, astfel cum statuează art. 1269 alin. (1) C. civ., dacă un contract rămâne neclar după

al președintelui CNAS nr. 397/836/2018 privind aprobarea Normelor metodologice de aplicare în anul 2018 a H.G. nr. 140/2018 pentru aprobarea pachetelor de servicii și a Contractului-cadru care reglementează condițiile acordării asistenței medicale, a medicamentelor și a dispozitivelor medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate pentru anii 2018-2019, cu modificările și completările ulterioare; H.G. nr. 155/2017 privind aprobarea programelor naționale de sănătate pentru anii 2017 și 2018, cu modificările și completările ulterioare; Ordinul președintelui CNAS nr. 245/2017 pentru aprobarea Normelor tehnice de realizare a programelor naționale de sănătate curative pentru anii 2017 și 2018, cu modificările și completările ulterioare;

¹⁰ A se vedea în acest sens și motivarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de contencios administrativ și fiscal, în Decizia nr. 936 din 6 martie 2008, publicată în Jurisprudența Secției contencios administrativ și fiscal 2008, sem. I, p. 564. Astfel, instanța supremă a statuat că „*soluția pronunțată de instanța de fond este legală și pronunțată în conformitate cu prevederile art. 246 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, potrivit căreia relațiile dintre furnizorii de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale și casele de asigurări de sănătate sunt de natură civilă, se stabilesc și se desfășoară pe bază de contract care se încheie anual.*”

Prin acest text s-a instituit o normă specială față de prevederile Legii nr. 554/2004 care, în art. 1 alin. (2) lit. c), prevede că sunt asimilate actelor administrative și contractele încheiate de autoritățile publice care au ca obiect prestarea serviciilor publice.

Dispozițiile art. 246 alin. (1) din Legea nr. 95/2006 prevăd natura civilă a relațiilor privind furnizarea de servicii medicale, relații între furnizori și casele de asigurări de sănătate.

Nu au putut fi reținute susținerile din recurs, potrivit cărora, în cazul declinării, se impune ca aceasta să fie făcută în favoarea Tribunalului Argeș, Secția comercială, pentru că, chiar dacă, în sensul larg al noțiunii, dreptul comercial este o ramură a dreptului civil, nu se poate pune semnul egalității între dreptul privat și dreptul civil.

Pentru că textul de lege amintit face referire la „natura civilă”, nu se poate interpreta că instanța competentă ar putea fi secția comercială dacă furnizorul de servicii medicale ar fi un comerciant și aceasta, pentru că, mai întâi, legea prevede clar natura civilă a relațiilor dintre părți. În al doilea rând, dacă legea ar fi dorit să instituie competența alternativă, ar fi indicat și natura comercială a relațiilor în cazul în care furnizorul era un comerciant, pentru că se știe că în materie de furnizare de servicii, potrivit art. 15 din O.G. nr. 124/1998, pot fi prestate servicii medicale și de unitățile medico-sanitare cu personalitate juridică, ce se înființează potrivit prevederilor Legii nr. 31/1990.

Or, dacă legea nu distinge, nici cel care o interpretează nu poate să stabilească altceva decât ceea ce legea prevede expres, în speță, natura civilă a relațiilor dintre furnizorii de servicii medicale și casele de asigurări de sănătate”.

¹¹ Malinetscu L.V., *Particularități ale contractelor de furnizare de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale*, Curierul Judiciar nr. 8/2015, p. 419.

¹² Boroi G., Anghelescu C. A., *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 123.

¹³ Art. 255 din Legea nr. 95/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

¹⁴ Literatura de specialitate califică contractele de adeziune ca fiind o categorie intermediară în clasificarea actelor juridice în funcție de rolul voinței părților, situându-se între actele juridice subiective și actele juridice condiție.

¹⁵ Potrivit art. 1175 din Codul civil, contractul este de adeziune atunci când clauzele sale esențiale sunt impuse ori sunt redactate de una dintre părți, pentru aceasta sau ca urmare a instrucțiunilor sale, cealaltă parte neavând decât să le accepte ca atare.

aplicarea regulilor de interpretare, el va fi interpretat în favoarea celui care se obligă¹⁶. Importanța acestei clasificări ar fi incontestabilă din punct de vedere practic. Invocarea unui dezechilibru contractual și efectele acestui dezechilibru între părțile contractante ar fi mai ușor de demonstrat și susținut în cazul contractelor de adeziune.

Interesul general al persoanelor asigurate este cel care primează în fața intereselor profesioniștilor care furnizează servicii medicale și acesta este unul din principalele motive pentru care jurisprudența a calificat contractele de furnizare de servicii medicale ca fiind contracte administrative¹⁷, până la reglementarea expresă a naturii juridice civile a acestora.

Dar, un argument care poate sta la baza clarificării poziției de egalitate juridică în care se află subiecții raportului civil de furnizare de servicii medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate este că modelele contractelor de furnizare de servicii medicale care se încheie pe fiecare tip de asistență medicală în parte, se aprobă prin ordin al ministrului sănătății și al președintelui CNAS, după negocierea acestora de către CNAS cu organismele profesionale reprezentative la nivelul sistemului de sănătate¹⁸. Un rol important îl joacă și organizațiile patronale, sindicale și profesionale reprezentative din domeniul medical, acestea fiind consultate în procesul de reglementare a contractelor de furnizare de servicii medicale.

În acest sens sunt prevederile art. 229 alin. (4) și art. 256 din Legea nr. 95/2006, republicată, cu modificările și completările ulterioare¹⁹. Numai ulterior acestei etape de negociere, modelele de contract sunt aprobate prin ordin al ministrului sănătății și al președintelui Casei Naționale de Asigurări de Sănătate.

Nu în ultimul rând, nu este de neglijat calitatea de persoane juridice de drept public²⁰ care le revine caselor de asigurări de sănătate, ca reprezentați ai statului. Dar în relațiile contractuale pe care acestea le desfășoară cu profesioniștii din sănătate în vederea asigurării accesului asiguraților la servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale, casele de asigurări de sănătate au calitatea de subiecți de drept privat, părțile contractuale având deopotrivă drepturi și obligații.

Totodată, nu putem face abstracție de alte două trăsături majore ale contractelor de furnizare de servicii medicale, care de altfel reprezintă caracteristici definitorii ale dreptului public, respectiv: căutarea interesului general, atribut care cade, potrivit doctrinei, în sarcina statului și a autorităților publice, pe de o parte și, pe de altă parte, poziția de inegalitate în care se află subiecții de drept ai acestor contracte, deoarece interesul general trebuie să primeze față de interesele particulare și de aceea statul și autoritățile publice sunt dotate cu mijloace juridice de constrângere care le permit să determine ca voința lor să prevaleze asupra celei aparținând profesioniștilor.

Astfel, prin prisma specificității deosebite a relațiilor sociale reglementate, ținând cont de faptul că metoda de reglementare juridică este aceea a subordonării părților, se ridică problema unei duble naturi juridice a raporturilor de drept care se nasc între furnizorii de servicii medicale și casele de asigurări de sănătate.

Relațiile sociale reglementate de normele juridice specifice sistemului de asigurări sociale de sănătate sunt raporturi de drept civil, dar prezintă, în același timp, trăsături caracteristice unei ramuri de drept public.

În consecință, ca instituție de drept, furnizarea de servicii medicale ar putea fi definită ca reprezentând totalitatea normelor juridice de drept public și drept privat, care reglementează modul de acordare a serviciilor medicale, medicamentelor și dispozitivelor medicale în cadrul sistemului de asigurări sociale de sănătate, decontate exclusiv din bugetul Fondului național unic de asigurări sociale de sănătate, având ca unic scop asigurarea sănătății populației.

¹⁶ A se vedea, pentru o privire comparativă cu alte instituții de drept contractual, C. Popa, C. Tăbîrță, *Considerații privind reglementarea Noului Cod Civil asupra clauzelor neuzuale*, în Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 3/2013. Autorii abordează, utilizând metode de drept comparat, raportul dintre clauzele neuzuale și contractele de adeziune, astfel cum acestea sunt definite la art. 1203 din Codul civil, respectiv la art. 1175 din Codul civil, plecând de la diferitele surse de inspirație ale legiuitorului în ceea ce privește cele două instituții de drept.

¹⁷ Tabacu A., *Scurte considerații asupra contractului administrativ și asupra procedurilor de control jurisdicțional în materia achizițiilor publice*, în Revista Transilvană de Științe Administrative 2 (24)/2009, p. 124-146. Autoarea în urma unei analize întreprinse asupra contractelor de furnizare de servicii medicale în raport cu normele de drept administrativ, concluzionează că legiuitorul a dorit să scoată contractul (de furnizare de servicii medicale) de sub incidența legii administrative, deși îi cunoaște caracteristicile.

¹⁸ Organismele profesionale reprezentative la nivelul sistemului de sănătate sunt Colegiul Medicilor din România, Colegiul Medicilor Stomatologi din România, Colegiul Farmaciștilor din România, Ordinul Asistenților Medicali Generaliști, Moașelor și Asistenților Medicali din România și Ordinul Biochimiciștilor, Biologilor și Chimiciștilor. Acestea apără demnitatea și promovează drepturile și interesele membrilor săi în toate sferile de activitate.

¹⁹ Conform dispozițiilor art. 229 alin. (4), „CNAS va elabora norme metodologice de aplicare a contractului-cadru, în urma negocierii cu CMR, CFR, CMSR, OAMGMAMR, OBBC, precum și cu consultarea organizațiilor patronale, sindicale și profesionale reprezentative din domeniul medical, care se aprobă anual prin ordin al ministrului sănătății și al președintelui CNAS, în termen de 60 de zile de la data intrării în vigoare a legii bugetului de stat pentru anul pentru care se aprobă noile norme metodologice. Pentru primul an de valabilitate a hotărârii Guvernului de aprobare a contractului-cadru, normele metodologice intră în vigoare odată cu hotărârea Guvernului prevăzută la alin. (2)”, iar potrivit dispozițiilor art. 256, „furnizorii de servicii medicale, medicamente și dispozitivele medicale încheie cu casele de asigurări contracte pe baza modelelor de contracte prevăzute în normele metodologice de aplicare a contractului-cadru, în cuprinsul cărora pot fi prevăzute și alte clauze suplimentare, negociate, în limita prevederilor legale în vigoare”.

²⁰ Potrivit dispozițiilor art. 191 alin. (1) C. civ., *persoanele juridice de drept public se înființează prin lege*. Or, potrivit dispozițiilor art. 277 din Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății, republicată, cu modificările și completările ulterioare, *casele de asigurări de sănătate sunt instituții publice, cu personalitate juridică, cu bugete proprii, în subordinea CNAS. Casele de asigurări gestionează bugetul fondului aprobat, cu respectarea prevederilor prezentei legi, asigurând funcționarea sistemului de asigurări sociale de sănătate la nivel local, și pot derula și dezvolta și activități pentru valorizarea fondurilor gestionate*.

Dar, desigur, este vorba de o instituție excepțională de drept (raportat la dreptul civil), iar prin extensie, raportat la întregul sistem de drept privat. Această instituție de drept, întrucât reglementează contractul de furnizare de servicii medicale, corespunde dreptului privat, în ciuda multiplelor elemente de drept administrativ, dar și a regimului sancționator instituit pentru nerespectarea obligațiilor din această materie.

În concluzie, casele de asigurări de sănătate apar ca persoane juridice de drept privat, supuse, în același timp, prin prisma serviciilor publice prestate și statutului său special, unor reguli de drept public.

4. Concluzii

Disputele cauzate de dificultățile de calificare a contractelor de furnizare de servicii medicale au determinat legiuitorul să introducă sub incidența sferei de aplicare a dreptului civil contractele de furnizare de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale, prin legea specială care guverna sistemul de asigurări sociale de sănătate, ceea ce le-a consacrat ca o instituție juridică proprie dreptului civil.

Importanța determinării naturii juridice a contractelor de furnizare de servicii medicale rezidă și din faptul că, în acest fel, se poate stabili natura raportului juridic care se naște între părțile contractante. Astfel, din perspectiva principiilor forței obligatorii și a relativității efectelor contractului, părțile contractante sunt casele de asigurări de sănătate și furnizorii de servicii medicale, medicamente și dispozitive medicale. Fiind vorba de niște convenții civile, aceste contracte trebuie să îndeplinească toate condițiile de validitate ale contractului, fiind valabile din momentul realizării acordului de voințe.

Calificarea corectă a unui contract de furnizare de servicii medicale prezintă relevanță juridică în ceea ce privește condițiile de valabilitate ale contractului, procedura ce trebuie urmată pentru ca un astfel de contract să fie valabil încheiat, regulile de procedură civilă aplicabile, libertatea contractuală dintre părți.

**SECȚIUNEA
DREPT PRIVAT II**

PROBLEME ALE PRACTICII JUDECĂTOREȘTI PRIVIND ÎNCETAREA CONTRACTULUI DE MUNCĂ PE PARCURSUL PERIOADEI DE PROBĂ

Problems of Judicial Practice on Termination of Labor Contract During The Probationary Period

dr. Raluca DIMITRIU*

Rezumat: *Perioada de probă constituie un interval de maximă vulnerabilitate a salariatului, când contractul său (deși deja încheiat) poate înceta în orice moment printr-o simplă notificare scrisă. Dar dreptul angajatorului de a dispune încetarea nu este un drept absolut; el nu va putea lua o astfel de decizie pe criterii discriminatorii. Încetarea nu poate fi dispusă nici în intervalul în care salariatul se află în plata stimulentului de inserție, și nici timp de șase luni de la revenirea acestuia.*

Jurisprudența românească și a Curții de Justiție a Uniunii Europene a contribuit la dezvoltarea acestei instituții și la configurarea unor soluții de protecție a lucrătorului debutant.

Cuvintele-cheie: *perioada de probă, stagiați, dreptul muncii, încetarea contractului de muncă, jurisprudență.*

Abstract: *The probationary period is a period of maximum vulnerability of the employee, when his/her contract (although already concluded) may terminate at any time by a simple written notice. But the employer's right to terminate the employment is not an absolute right; he/she will not be able to make such a decision on discriminatory criteria. Besides, the employment cannot be terminated during the period when the employee is paid for the insertion incentive, nor for six months after his/her return to work.*

The Romanian jurisprudence and the Court of Justice of the European Union have contributed to the development of this institution and to the setting up of protection solutions for the new worker.

Keywords: *probationary period, trainees, labour law, termination of employment, case law.*

Introducere

Protecția salariaților aflați în perioada de probă preocupă intens teoria și practica de drept al muncii, fiind vorba despre un interval de maximă vulnerabilitate a lucrătorului.

Astfel, între cele 20 de principii consacrate în cadrul Pilonului european al drepturilor sociale¹ se numără principiul potrivit căruia „La încadrarea în muncă, lucrătorii au dreptul de a fi informați în scris în legătură cu drepturile și obligațiile care decurg din raportul de muncă, inclusiv în legătură cu perioada de probă”. În aplicarea acestui principiu, perioada de probă formează obiect de reglementare și în Propunerea de Directivă europeană privind transparența și previzibilitatea condițiilor de muncă în Uniunea². Astfel, potrivit art. 3 alin. (2) lit. f) din proiectul de directivă, între informațiile furnizate lucrătorului la angajare trebuie să se numere și „durata și condițiile perioadei de probă, dacă este cazul”. Chestiunea merită notată, mai ales în condițiile în care directiva în materia informării actualmente în vigoare, anume Directiva 91/533/CEE privind obligația angajatorului de a informa lucrătorii asupra condițiilor aplicabile contractului sau raportului de muncă nu cuprinde și perioada de probă între elementele informării pe care angajatorul trebuie să o realizeze la angajare.

Mai mult, art. 7 din proiectul de directivă prevede că „Statele membre se asigură că, în cazul în care un raport de muncă face obiectul unei perioade de probă, perioada respectivă nu depășește șase luni, incluzând eventualele prelungiri. Statele membre pot prevedea perioade de probă mai lungi în cazurile în care acest lucru este justificat de natura locului de muncă sau este în interesul lucrătorului”.

În plus, perioada de probă este privită la nivel european cu circumspecție nu numai la nivel legislativ, dar și la nivel jurisprudențial. Astfel, spre exemplu, în cauza Lawrie Blum³, Curtea de Justiție s-a pronunțat cu privire la calitatea de lucrător a unui cetățean britanic ce trecuse primul examen pentru a deveni profesor în Germania. Potrivit legislației germane, calitatea de lucrător se dobândește abia după o a doua examinare. Curtea a apreciat însă că noțiunea de „lucrător” trebuie definită în conformitate cu dreptul european, nu conform normelor interne. În consecință, în opinia Curții, un profesor aflat în perioada de probă în timpul căreia prestează servicii constând în predarea unor

* Cercetător științific gr. I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: rdimitriu100@gmail.com.

¹ The European Pillar of Social Rights, COM (2018)130.

² COM(2017) 797 final 2017/0355(COD).

³ Lawrie Blum vs. Land Baden Wurttemberg, no. 66/85 din 3 iulie 1986, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0066#SM>.

cursuri și în schimbul cărora este remunerat, trebuie considerat un „lucrător”, indiferent care sunt condiționările impuse de legislația națională germană.

Într-adevăr, pe parcursul perioadei de probă lucrătorul beneficiază de toate drepturile și obligațiile colegilor lui. Chestiunea este ca oricărei persoane aflate în perioada de probă să i se recunoască calitatea de lucrător, pentru ca ea să poată beneficia, pe cale de consecință, de acest statut juridic.

De la regula egalității de tratament între salariatul aflat în perioada de probă și ceilalți salariați există o singură (și importată excepție): la sfârșitul sau pe parcursul perioadei de probă contractul de muncă al salariatului va putea înceta imediat, fără preaviz și fără vreo procedură specială. Indiferent dacă inițiativa acestei încetări îi aparține angajatorului sau chiar salariatului, dispozițiile procedurale de la concediere, respectiv de la demisie nu sunt aplicabile.

Aceasta plasează salariatul aflat în perioadă de probă într-o poziție destul de fragilă: el nu poate avea certitudinea continuării raportului de muncă. Pe de altă parte, nici angajatorul nu are o atare certitudine, deoarece salariatul va putea continua căutarea unui loc de muncă alternativ, renunțând la contractul executat în perioada de probă de îndată ce va identifica un alt job preferabil. Așadar, raporturile dintre părți nu sunt încă clarificate, deși formal, contractul de muncă se află în curs⁴.

Să analizăm în cele ce urmează o serie de dezvoltări ale dreptului românesc în materie, norme citite în cheia necesității protejării acestei categorii de lucrători, necesitate subliniată, cum am văzut, și de cele mai recente documente europene.

1. Salariați cu funcții de execuție

Durata normală a perioadei de probă, în raport cu care toate norme privind perioada de probă constituie excepții, este durata de 90 de zile. Astfel, art. 31 alin. (1) din Codul muncii prevede acest interval ca durată maximă a perioadei de probă, în cazul salariaților cu funcții de execuție, având un contract pe durată nedeterminată. Observăm că durata este stabilită în zile calendaristice, și că nu se face distincție între salariații cu normă întreagă și cei cu fracțiune de normă. Într-adevăr, în cazul salariaților part-time, de vreme ce norma lor zilnică de muncă este mai redusă decât a celor cu normă întreagă, verificarea aptitudinilor profesionale va fi mai dificilă prin utilizarea perioadei de probă, având în vedere că angajatorul are la dispoziție mai puțin de 8 ore/zi pentru a constata dacă salariatul corespunde sau nu standardelor sale.

Durata a fost apreciată ca fiind concordantă cu normele constituționale prin Decizia Curții Constituționale nr. 383/2011⁵, Curtea statuând că durata acesteia permite angajatorului să evalueze corespunderea profesională a angajatului pentru postul în cauză. Totuși, prelungirea duratei perioadei de probă de la 30 de zile calendaristice (cât prevedea Codul muncii inițial) la 90 de zile calendaristice (după modificarea intervenită prin Legea nr. 40/2011) poate avea „consecința fragilizării garanțiilor juridice privind stabilitatea în muncă a salariatului”⁶.

În cazul salariaților cu contract pe durată determinată, durata perioadei de probă este diferențiată după cum salariatul ocupă o funcție de execuție sau de conducere numai în cazul celor care depășesc 6 luni⁷. Astfel, potrivit art. 85, în raport cu durata contractului, perioada de probă este de 5 zile lucrătoare în cazul contractelor mai scurte de 3 luni, de 15 zile lucrătoare în cazul contractelor având o durată cuprinsă între 3 și 6 luni, și de 30 de zile lucrătoare pentru o durată a contractului individual de muncă mai mare de 6 luni.

Se observă necorelarea dintre dispoziții și cele ale art. 31 din Codul muncii, care stabilește durata perioadei de probă în zile calendaristice. Regimul ar trebui unificat, pentru a se stabili exclusiv o durată în zile lucrătoare, și nu calendaristice⁸.

Pe de altă parte, dispoziția cuprinsă în art. 85 din Codul muncii nu are în vedere și ipoteza în care durata contractului de muncă nu este cunoscută de la început, ea fiind afectată de un termen incert. Întâlnim o asemenea situație de exemplu, atunci când contractul s-a încheiat pentru înlocuirea unui salariat al cărui contract de muncă este suspendat (spre exemplu, titularul fiind în concediu pentru incapacitate temporară de muncă sau în concediu de creștere a copilului).

2. Salariați cu funcții de conducere

Pentru salariații cu funcții de conducere, perioada de probă maximă este mai îndelungată, putând ajunge în cazul contractelor încheiate pe durată nedeterminată la 120 de zile calendaristice iar în cazul salariaților angajați cu contract încheiat pe durată determinată de peste 6 luni – la 45 de zile lucrătoare.

Cu privire la salariații care debutează într-o funcție de conducere, trebuie să arătăm că aceștia vor putea fi supuși unei noi perioade de probă. Astfel, potrivit art. 32 din Codul muncii, pe durata executării unui contract individual de muncă nu poate fi stabilită decât o singură perioadă de probă. Prin excepție însă, se arată în alin. (2), salariatul poate fi

⁴ R. Dimitriu, *Difficulties in enforcing the new probation period*, în *Juridical Tribune* nr. 1/2011, p. 23.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 281 din 21 aprilie 2011.

⁶ A. Athanasiu, A.-M. Vlăsceanu, *Dreptul muncii*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 45.

⁷ I.T. Ștefănescu, I. T., *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 570.

⁸ Al. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii. Legislație, doctrină, jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 442.

supus la o nouă perioadă de probă în situația în care acesta debutează la același angajator într-o nouă funcție sau profesie ori urmează să presteze activitatea într-un loc de muncă cu condiții grele, vătămătoare sau periculoase.

Firește, posibilitatea unei noi perioade de probă nu se pune decât în ipoteza în care noua funcție este diferită și pe fond, nu numai ca denumire, de funcția inițială. Astfel, Curtea de Apel București a decis că „verificarea aptitudinilor profesionale și personale ale apelantei s-a realizat în cadrul primei perioade de probă. Similitudinea celor două funcții sub aspectele esențiale: nivelul de educație și formare profesională; nivelul competențelor determinat de amploarea și complexitatea activităților care definesc ocupațiile; gradul de specializare în cadrul aceleiași activități; felul materiilor prime și utilajelor folosite, proceselor tehnologice utilizate. Faptul că cele două posturi prezentau particularități determinate de atribuțiile specificate în fișele de post, că Serviciul Colectare Creanțe avea obiective diferite de Serviciul Gestiune Contracte nu sunt criterii suficiente pentru a reține un debut al apelantei într-o nouă funcție în sensul art. 32 alin. (2) Codul muncii”⁹.

Dacă însă chiar a intervenit modificarea contractului de muncă, salariatul fiind trecut pe o nouă funcție – fiind, de exemplu, promovat – încetarea contractului pe parcursul perioadei de probă pentru noua poziție va duce la încetarea raportului de muncă dintre salariat și angajator în mod efectiv. De aceea, nu putem fi de acord cu soluția potrivit căreia „prin semnarea actului adițional la contractul de muncă s-a modificat funcția ocupată de contestatoarele, cu acordarea unei perioade de probă de 90 de zile calendaristice. După curgerea termenului de 90 de zile angajatorul a considerat în mod greșit că încetează contractul de muncă, deoarece nu ne aflăm în prezența unui contract de muncă nou, cu perioadă de probă, ci a unui contract de modificare a funcției, cu o perioadă de probă pentru funcția de conducere. Astfel, angajatorul avea obligația legală să dispună ca angajata să își reia funcția ocupată anterior”¹⁰.

Dacă obligarea angajatorului de a dispune revenirea salariatului în postul inițial nu are o bază legală, nu e mai puțin adevărat că astfel de situații pot ridica problema abuzului de drept. Este vorba despre ipoteza în care scopul real al angajatorului va fi fost tocmai eludarea dispozițiilor privitoare la concediere și simpla încetare a contractului de muncă al salariatului, redevenit debutant. Astfel, în mod normal, salariatului cu vechime în unitate îi va putea înceta contractul numai cu respectarea dispozițiilor procedurale destul de restrictive de la concediere. De aceea, uneori, în practică, angajatorul nu procedează la concedierea salariatului, ci îi propune modificarea contractului de muncă pe un nou post, posibil pe o funcție de conducere. Doar că această trecere – realizată cu acordul salariatului – îl readuce pe acesta din urmă în starea de vulnerabilitate a unui nou angajat. Pentru încetarea contractului pe noua funcție nu va mai fi necesară o concediere, ci va fi suficientă o încetare a contractului pe perioada de probă, fără preaviz și fără motivare, dacă o astfel de perioadă de probă va fi fost statornicită prin actul adițional întocmit. Deoarece, după cum am văzut, dacă din noua funcție și din timpul noii perioade de probă, salariatului îi încetează contractul de muncă, aceasta nu va presupune (în lipsă de prevedere contractuală contrară) o revenire pe postul de execuție inițial, ci o încetare completă a raportului de muncă cu firma.

3. Stagiarii

O variantă a perioadei de probă o constituie stagiul. Astfel, potrivit art. 31 alin. (4) din Codul muncii, pentru absolvenții instituțiilor de învățământ superior, primele șase luni după debutul în profesie se consideră perioadă de stagiul. Absolvenții beneficiază de prevederile Legii nr. 335/2013 privind efectuarea stagiului pentru absolvenții de învățământ superior¹¹, cu modificările ulterioare.

Un angajator poate încadra, o singură dată pe același post, un absolvent de învățământ superior care să efectueze stagiul în baza unui contract de stagiul, anexă la contractul individual de muncă. Durata contractului de stagiul este de 6 luni, cu excepția situațiilor în care prin legi speciale este prevăzută o altă perioadă de stagiul.

Cum stagiul este o varietate a perioadei de probă, contractul va putea înceta fără preaviz și fără motivare. Totuși, spre deosebire de ceilalți salariați aflați în perioada de probă, în cazul stagiului actul normativ impune regula evaluării, abia nepromovarea acestuia atrăgând dreptul angajatorului de a înceta contractul. În plus, dacă angajatorul a beneficiat de anumite facilități fiscale, prevăzute de lege, el va trebui să le restituie în cazul în care face uz de dreptul său de a pune capăt contractului.

De semnalat că perioada de stagiul nu se confundă cu internship-ul, reglementat prin Legea nr. 176/2018¹². Internul nu este salariat, iar contractul de internship nu este un contract de muncă. Ca urmare, nici prevederile referitoare la perioada de probă nu li se aplică internilor, cu toate că adesea scopul încheierii contractului de internship este, în cazul organizației-gazdă, tocmai verificarea aptitudinilor profesionale ale internului, în perspectiva unei viitoare angajări.

4. Persoanele cu handicap

Persoanele cu handicap beneficiază de o perioadă de probă de 45 de zile lucrătoare.

⁹ Curtea de Apel București, Decizia nr. 1779/2018, Secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, nepublicată.

¹⁰ Tribunalul Dâmbovița, Sentința civilă nr. 2481/2012, nepublicată.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 776 din 12 decembrie 2013.

¹² Publicată în M. Of. nr. 626 din 19 iulie 2018.

Aici trebuie observată o dificultate juridică. Durata perioadei de probă în cazul persoanelor cu handicap era, potrivit Codului muncii în varianta sa anterioară, de 30 de zile. O lege specială, anume Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap¹³, a prevăzut un regim derogatoriu de la cel reglementat prin Codul muncii, anume o perioadă de probă de 45 de zile lucrătoare.

Modificarea Codului muncii prin Legea nr. 40/2011 nu a atras și modificarea termenului inițial, de 30 de zile, deși articolul privitor la durata perioadei de probă a fost modificat sub alte aspecte. În aceste condiții, se pune întrebarea, ce act normativ se aplică: Codul muncii sau Legea nr. 448/2006? Pe de o parte, Legea nr. 448/2006 este anterioară, pe de altă parte, ea este lege specială.

Problema este de fapt mai largă. Ipoteza este următoarea: legea generală cuprinde o prevedere „A”. Ulterior, o lege specială, derogă cuprinzând o prevedere „B”, care se va aplica cu prioritate. După un timp însă, legea generală este modificată, fără a se mai face nicio referire la reglementarea specială, iar în noua sa formă cuprinde o prevedere diferită, „C”. Care va fi textul aplicabil? Pe de o parte, aplicarea regulii *specialia generalibus derogant* ar conduce la concluzia că legea specială continuă să se aplice, deoarece și noua lege are tot caracterul de lege generală. Pe de altă parte, legea generală are calitatea de lege nouă în raport cu legea specială, ceea ce indică intenția legiuitorului de a se aplica. În plus, normele legale sunt adoptate cu scopul de a se aplica (*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*), regulă pe care am nesocoti-o dacă am admite că legea generală, în noua sa formă, a fost adoptată fără scopul de a fi propriu-zis aplicabilă.

În ceea ce ne privește, după cum am mai afirmat¹⁴, considerăm că Legea nr. 448/2006 continuă să se aplice, calitatea ei de lege specială, derogatorie de la dreptul comun, prevalând în raport de criteriul cronologic. În plus, normele de tehnică legislativă interzic abrogarea implicită.

Prin Decizia Curții Constituționale nr. 660/2018,¹⁵ a fost respinsă excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 31 alin. (3) din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii. Aceste dispoziții fuseseră criticate prin raportare la art. 50 din Constituție, care prevede că “Persoanele cu handicap se bucură de protecție specială. Statul asigură realizarea unei politici naționale de egalitate a șanselor, de prevenire și de tratament ale handicapului, în vederea participării efective a persoanelor cu handicap în viața comunității, respectând drepturile și îndatoririle ce revin părinților și tutorilor”.

Astfel, Curtea a apreciat că „autorul excepției este nemulțumit, în realitate, de faptul că dispozițiile art. 31 alin. (3) din Legea nr. 53/2003 nu instituie un regim mai favorabil pentru persoanele cu handicap. Or, Curtea constată că dispozițiile art. 31 alin. (2) din Legea nr. 53/2003 instituie o reglementare distinct aplicabilă persoanelor cu handicap, în care se prevede că „Verificarea aptitudinilor profesionale la încadrarea persoanelor cu handicap se realizează exclusiv prin modalitatea perioadei de probă de maximum 30 de zile calendaristice”. Prin urmare, este exclus concursul/examenul ca formă de evaluare a performanțelor profesionale la angajare a persoanelor cu handicap, creându-se o modalitate adaptată situației acestora, care să aibă în vedere atât pregătirea profesională, cât și capacitatea fizică și psihică de a răspunde în mod concret cerințelor locului de muncă și care exclude comparația cu persoane care nu au un handicap”.

Apreciem că art. 31 alin. (2) din Codul muncii este, într-adevăr constituțional (cu mențiunea că durata perioadei de probă nu este de 30 de zile, ci de 45 de zile, potrivit legii speciale, după cum arătam mai sus). Dar considerăm că întrebarea care se ridică este: constituie efectiv perioada de probă un avantaj pentru salariat, prin comparație cu celelalte modalități de verificare – cum ar fi interviul? Din ansamblul reglementărilor în materie decurge un răspuns negativ; de altfel de aceea perioada de probă este și limitată în timp, pentru ca salariatul să nu rămână o perioadă nelimitată în starea de vulnerabilitate pe care o atrage acest interval din contractul de muncă. Dar, dacă perioada de probă nu constituie un avantaj, de ce aptitudinile profesionale ale persoanelor cu handicap pot fi verificate doar prin această modalitate? Din cauza prezentată mai sus decurge că, dimpotrivă, persoana cu handicap respectivă s-a simțit chiar dezavantajată prin faptul că nu a putut fi angajată printr-un alt mijloc de selecție, ci doar prin utilizarea unei perioade de probă, permițându-i-se astfel angajatorului să pună capăt fără preaviz și fără motivare, pe intervalul negociat ca perioadă de probă, contractului de muncă.

Credem că ceea ce a intenționat legiuitorul a fost excluderea concursului, pentru ca persoanele cu handicap să nu fie puse în situație de dezavantaj față de candidații fără handicap. Dar interviul – nu are de principiu de ce să fie înlăturat dintre modalitățile de verificare a persoanelor cu handicap. În plus, prioritatea dispozițiilor Legii speciale nr. 448/2006 în raport cu dispozițiile dreptului muncii, au și ele efectul de a-l dezavantaja pe salariatul cu handicap, deoarece impun o durată maximă de 45 de zile a perioadei de probă, față de numai 30 de zile cât prevede Codul muncii¹⁶.

Ca urmare, *de lege ferenda*, dispozițiile privitoare la perioada de probă din cuprinsul Legii nr. 448/2006 ar trebui abrogate, Codul muncii rămânând singurul temei juridic al utilizării perioadei de probă în cazul persoanelor cu handicap, iar în locul art. 31 alin. (2) din Codul muncii ar fi preferabil să se prevadă că verificarea aptitudinilor

¹³ Republicată în M. Of. nr. 1 din 3 ianuarie 2008.

¹⁴ R. Dimitriu, *op. cit.*, p. 26-27.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 70 din 29 ianuarie 2019.

¹⁶ F. Roșioru, *Dreptul individual al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 291-202.

profesionale la angajare a persoanelor cu handicap se poate realiza prin orice metodă, cu excepția concursului. De asemenea, ar trebui statornicit în cazul persoanelor cu handicap o exceptare de la regula potrivit căreia în sectorul privat în instituțiile publice se poate realiza numai prin concurs (art. 30 alin. (1) din Codul muncii).

5. Interdicția încetării contractului de muncă

Pe parcursul sau la finalul perioadei de probă, oricare dintre părți poate înceta contractul în urma unei simple notificări, fără preaviz. Așadar, încetarea nu se motivează și nu este supusă niciunei proceduri prealabile. Dacă angajatorul este cel care are inițiativa încetării contractului, el nu va trebui să motiveze această încetare și nu va avea de respectat procedura vreunei concedieri.

Apreciem că motivul real al încetării contractului nu trebuie să se numere printre motivele de concediere, enumerate la art. 61 și, respectiv, 65 din Codul muncii. Cu atât mai puțin nu putem reduce motivele încetării contractului la necorespunderea profesională a salariatului, astfel cum ar părea să se deducă din dispozițiile art. 75 alin. (2) din Codul muncii. Într-adevăr, potrivit acestui text, „fac excepție de la prevederile alin. (1) [referitor la perioada de preaviz, n.n.] persoanele concediate în temeiul art. 61 lit. d), care se află în perioada de probă”¹⁷.

Dimpotrivă, de vreme ce angajatorul nu este ținut să motiveze în vreun fel încetarea, aceasta ar putea fi determinată de alte cauze, cum ar fi înregistrarea de absențe nemotivate sau chiar altele decât cele care au putea atrage o concediere, cum ar fi de exemplu faptul că, între timp, angajatorul a identificat un alt candidat la angajare, mai calificat decât salariatul aflat în perioada de probă.

Dreptul angajatorului de a înceta contractul de muncă pe parcursul perioadei de probă, fără preaviz și fără motive, nu este însă absolut. Și pe perioada de probă, salariatul beneficiază de protecție împotriva discriminării. Temeiul juridic al acestei protecții îl constituie O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare¹⁸, cu modificările ulterioare, care interzice discriminarea cu prilejul recrutării: „Dispozițiile prezentei ordonanțe se aplică tuturor persoanelor fizice sau juridice, publice sau private, precum și instituțiilor publice cu atribuții în ceea ce privește: a) condițiile de încadrare în muncă, criteriile și condițiile de recrutare, selectare și promovare, accesul la toate formele și nivelurile de orientare, formare și perfecționare profesională...”.

Or, potrivit art. 31 alin. (1) din Codul muncii, perioada de probă este o modalitate de „verificare a aptitudinilor salariatului”, deci aparține etapei recrutării. Angajatorul nu este obligat să își motiveze decizia de încetare a contractului de muncă, dar firește asta nu înseamnă că un astfel de motiv nu există în fapt. Iar dacă salariatul poate face probele preliminare privitoare la existența unei discriminări, sarcina probei se va muta asupra angajatorului, ca în orice litigiu vizând discriminarea, care va trebui să dovedească motivul real pentru care a încetat contractul de muncă, motiv care nu va putea avea conotații discriminatorii.

Cu toate acestea, dacă salariața aflată în perioada de probă îi comunică angajatorului starea de graviditate, în practica judecătorească s-a decis că încetarea contractului poate interveni. Într-adevăr, dispozițiile art. 60 alin. (1) Codul muncii interzic doar „concedierea” salariaței gravide, nu și încetarea contractului de muncă prin alte modalități prevăzute de lege, cum ar fi încetarea de drept, prin acord, prin demisie sau în temeiul art. 31 alin. (3) din Codul muncii.

În ceea ce ne privește, apreciem că, într-adevăr, art. 60 alin. (1) din Codul muncii nu este aplicabil, deoarece încetarea contractului de muncă pe parcursul perioadei de probă nu este o concediere. Dar aceasta nu înseamnă că angajatorul ar putea decide încetarea contractului pentru că salariața este gravidă, deoarece deși aflată în acest interval de maximă vulnerabilitate în derularea raportului de muncă, totuși salariața se bucură de dispozițiile împotriva discriminării. Într-adevăr, dezavantajarea unei persoane gravide constituie discriminare indirectă pe criteriul de gen. Legea nr. 202/2002 prevede în art. 9 că este interzisă discriminarea prin utilizarea de către angajator a unor practici care dezavantajează persoanele de un anumit sex, în legătură cu relațiile de muncă, referitoare (între altele) la încheierea, suspendarea, modificarea și/sau încetarea raportului juridic de muncă ori de serviciu. A înceta contractul de muncă pe perioada de probă al unei salariate în urma informației că aceasta este gravidă creează prezumția unei decizii discriminatorii. Angajatorul este cel care ar trebui, în acest context, să facă proba motivului real al încetării contractului; decizia de încetare poate fi menținută de către instanță, în măsura în care angajatorul va putea proba că motivul acestei decizii a fost independent de starea de graviditate a salariaței.

Cum am văzut, încetarea contractului de muncă pe parcursul perioadei de probă constituie un motiv de încetare distinct de concediere. În aceste condiții, dacă angajatorul decide să declanșeze cercetarea disciplinară, și să respecte procedura unei concedieri disciplinare în temeiul art. 61 lit. a) din Codul muncii, sau dacă realizează evaluarea periodică și procedează la concedierea pentru necorespundere profesională a salariatului în temeiul art. 61 lit. d) din Codul muncii, se pune problema dacă el ar mai putea reveni, încetând contractul chiar cu inadecvata respectare a acestor proceduri. S-ar putea susține că, de vreme ce legea permite încetarea contractului pe perioada de probă, fără respectarea niciunei proceduri, faptul că angajatorul le-a realizat în parte nu l-ar putea decădea din dreptul de a mai înceta intempestiv contractul, în temeiul art. 31 alin. (3) din Codul muncii. În ceea ce ne privește, apreciem însă că,

¹⁷ S. Panainte, *Dreptul individual al muncii*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 55.

¹⁸ Republicată în M. Of. nr. 99 din 8 februarie 2007.

odată ce angajatorul a optat pentru a efectua propriu-zis o concediere, el nu va putea acoperi neregulile procedurale ale acestei concedieri prin invocarea dreptului de a înceta contractul fără respectarea niciunei astfel de proceduri. Considerăm aplicabil aici principiul *electa una via non datur recursus ad alteram* (odată aleasă o cale nu se mai poate recurge la alta), în sensul că angajatorul nu ar mai putea reveni asupra modalității în care a înțeles să înceteze contractul, pentru a se întemeia pe art. 31 alin. (3) din Codul muncii.

Pe de altă parte însă, atunci când se realizează evaluarea profesională a salariaților, se va putea lua în considerare și prestația acestora de pe parcursul perioadei de probă. Altfel spus, dacă după un an de la angajare, salariatul va fi supus unei evaluări, vor fi avute în vedere și rezultatele obținute pe parcursul perioadei de probă, iar, la nevoie, va putea fi concediat pentru necorespondere profesională pentru nerealizarea standardelor de performanță în întreaga perioadă evaluată. Salariatul nu se va putea apăra arătând că perioada de probă era doar o etapă a recrutării, deoarece contractul de muncă era deja încheiat. Deci salariatul se bucură de toate drepturile care decurg din calitatea de salariat (inclusiv, de exemplu, dreptul a se lua în calcul perioada de probă în stabilirea dreptului la concediul de odihnă) dar el are și obligațiile corelative, cum ar fi obligația de îndeplinire a obligațiilor de serviciu potrivit standardelor de performanță impuse de angajator.

6. Salariatul în concediu medical

O problemă de sine stătătoare o constituie cazul în care salariatul aflat în perioada de probă intră în concediu medical. Au existat unele opinii potrivit cărora perioada de probă ar continua să curgă, chiar și pentru intervalul în care contractul de muncă este suspendat. În realitate, potrivit art. 49 (6) din Codul muncii, suspendarea contractului suspendă toate termenele, cu excepția cazurilor în care intervine încetarea de drept. Ca urmare, se suspendă și perioada de probă, urmând ca ea să continue după revenirea salariatului din concediul medical.

De semnalat însă că, dacă contractul nu poate înceta *pe perioada* incapacității de muncă, el poate înceta *din cauza* incapacității de muncă. Odată întors din concediul medical, salariatul își va putea vedea astfel contractul încetat. Într-adevăr, angajatorul nu este obligat să motiveze încetarea contractului, ceea ce face posibil ca acesta să pună capăt contractului de muncă pentru orice motiv (sau aproape orice motiv, după cum am văzut), inclusiv pentru faptul că salariatul a absentat de la muncă din motive medicale.

7. Un caz special: perioada stimulentului de inserție

Art. 60 din Codul muncii prevede anumite perioade în care concedierea este interzisă, indiferent care ar fi motivarea ei. Acestora li se adaugă însă și anumite cauze de interdicție a concedierii cuprinse în legi speciale, și pe care angajatorul trebuie să le aibă în vedere în egală măsură.

Între aceste perioade suplimentare celor cuprinse în Codul muncii, de interzicere a concedierii, se numără și perioada de plată a stimulentului de inserție. Astfel, potrivit O.U.G. nr. 111/2010 privind concediul și indemnizația lunară pentru creșterea copiilor,¹⁹ cu modificările ulterioare, persoanele care ar putea beneficia de concediu de creștere a copilului, dar revin în activitate, au dreptul la un stimulent de inserție.

Pe parcursul stimulentului de inserție, potrivit art. 25 lit. b) din O.U.G. nr. 111/2010 „este interzis angajatorului să dispună încetarea raporturilor de muncă sau de serviciu”. Mai mult, interdicția se extinde, o singură dată, cu 6 luni, după revenirea definitivă a salariatei/salariatului în unitate.

Observăm că exprimarea legiuitorului este foarte cuprinzătoare. Intenționat sau nu, legiuitorul nu s-a oprit aici la a interzice desfacerea contractului de muncă din inițiativa angajatorului, ci a mers mai departe, prohibind orice încetare contractului inițiată de către angajator. Ca urmare, singura interpretare care se poate da acestui text este aceea că interdicția acoperă chiar și încetarea pe parcursul perioadei de probă, care altminteri ar fi putut fi dispusă de către angajator în temeiul art. 31 alin. (3) din Codul muncii. Deși în acest interval cauzele de interzicere a concedierii nu sunt aplicabile, deoarece această încetare nu este o concediere, art. 25 este totuși aplicabil. Deci unui salariat sau unei salariate care se află în plata stimulentului de inserție nu îi poate înceta contractul de muncă nici măcar pe perioada de probă.

Există unele controverse în practică privind ipoteza în care salariatul sau salariața revine în activitate, dar la un alt angajator, care ar putea să nici nu știe că persoana respectivă se află în plata stimulentului de inserție, și să dispună încetarea contractului de muncă. În baza art. 25 redat mai sus (și care nu cuprinde nicio distincție) o astfel de încetare ar putea fi invalidată. Salariatul nu are obligația de a notifica angajatorul cu privire la faptul că se află în plata stimulentului de inserție.

În esență, putem concluziona că persoana aflată în plata stimulentului de inserție beneficiază de o protecție absolută, chiar mai mare decât salariața gravidă. Într-adevăr, salariața gravidă are obligația de a notifica starea de graviditate, pentru a se bucura de protecție împotriva concedierii pe perioada gravidității. În plus, salariața gravidă nu poate fi concediată, dar contractul ei de muncă poate înceta pe parcursul perioadei de probă, dacă angajatorul a avut în

¹⁹ Publicat în M. Of. nr. 830 din 10 decembrie 2010.

vedere un alt motiv decât starea de graviditate pentru a înceta contractul. Dar dacă persoana se află în plata stimulentului de inserție, nicio probă nu va putea înlătura nelegalitatea încetării contractului.

Concluzii

Perioada de probă constituie un interval de maximă vulnerabilitate a salariatului, când contractul său (deși deja încheiat) poate înceta în orice moment printr-o simplă notificare scrisă. Dar dreptul angajatorului de a dispune încetarea nu este un drept absolut; el nu va putea lua o astfel de decizie pe criterii discriminatorii, nici în intervalul în care salariatul se află în plata stimulentului de inserție, și nici timp de șase luni de la revenirea acestuia.

Protecția salariaților aflați în perioada de probă și interzicerea utilizării abuzive a acestui mijloc de verificare a aptitudinilor profesionale la angajare se află și în atenția legiuitorului european, care pune un deosebit accent în documentele recente asupra statutului acestei categorii de salariați, ca și asupra dreptului lor de a fi informați cu privire la durata și consecințele perioadei de probă. Acest mijloc de recrutare este foarte eficient, dar el trebuie utilizat în limitele scopului pentru care a fost consacrat legislativ, iar nu pentru menținerea lucrătorilor într-o stare de perpetuă incertitudine.

Jurisprudența românească este bogată, în ceea ce privește încetarea contractului în perioada de probă, nu puține fiind problemele practice pe care această temă le ridică (încă) cu sine. Se impune de aceea lectura corectă a textelor protective, mai ales a celor care interzic discriminarea, în cheia principiilor consacrate prin Pilonul social european, astfel încât debutanții într-o anumită profesie sau pe o anumită poziție să nu fie privați de drepturile general recunoscute salariaților.

CONSIDERAȚII PRIVIND UNELE DECIZII PRONUNȚATE DE ÎNALTA CURTE DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE CU PRIVIRE LA RAPORTURILE DE MUNCĂ ȘI DE ASIGURĂRI SOCIALE ÎN ANUL 2018

Considerations on Some Decisions Given by The High Court of Cassation and Justice on Labor Relations and Social Insurance in 2018

Dan ȚOP*, Ana Maria Alexandra IANCU**

Rezumat: În anul 2018 Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat un număr de 115 decizii privind recursuri în interesul legii sau pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, din care 27 de decizii admise privesc domeniul muncii sau asigurărilor sociale, toate acestea fiind necesare pentru a crea o practică judiciară unitară, necesară în contextul interpretărilor diferite date de instanțele judecătorești. Considerăm utilă o scurtă prezentare a unora dintre aceste decizii în demersul științific al evidențierii rolului jurisprudenței în interpretarea și aplicarea dreptului.

Cuvinte-cheie: decizie; hotărâre prealabilă; jurisprudență; recurs în interesul legii.

Abstract: In 2018 the High Court of Cassation and Justice issued 115 decisions on appeals in the interest of law or for the dissolution of legal matters, out of which 27 accepted decisions refers to the field of labor and social security, all of which are necessary to create the unitary judicial practice required in the context of different interpretations given by the courts. We consider useful a brief presentation of some of these decisions in the scientific approach of highlighting the role of jurisprudence in interpreting and enforcing the law.

Keyword: decision; prior decision; court practice; appeal in the interest of law.

În anul 2018 Înalta Curte de Casație și Justiție a pronunțat un număr de 115 decizii¹ privind recursuri în interesul legii sau pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. Dintre acestea, 27 de decizii admise privesc domeniul muncii sau asigurărilor sociale.

Vom analiza în continuare unele dintre deciziile privind examinarea recursului în interesul legii sau decizii prin care s-au pronunțat hotărâri prealabile în domeniul muncii sau asigurărilor sociale.

Prin Decizia nr. 5/2018², Înalta Curte de Casație și Justiție a admis recursul în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Suceava și, în consecință, a stabilit că litigiile având ca obiect acordarea ajutoarelor salariale de care beneficiază cadrele militare, polițiștii și funcționarii publici cu statut special la trecerea în rezervă sau direct în retragere, în temeiul art. 20 alin. (1) din Cap. 2 al Anexei VII din Legea nr. 284/2010 sunt de competența în primă instanță a secțiilor/completelor specializate în soluționarea litigiilor de muncă, respectiv, raportat la calitatea de funcționar public a reclamanților, a secțiilor/completelor specializate de contencios administrativ.

Astfel, acțiunile având ca obiect acordarea ajutoarelor salariale de care beneficiază cadrele militare, polițiștii și funcționarii publici cu statut special la trecerea în rezervă sau direct în retragere formulate în temeiul art. 20 alin. 1 din Cap. 2 al Anexei VII din Legea nr. 284/2010 introduse în perioada de suspendare a exercițiului dreptului la acordarea de ajutoare/indemnizații sunt premature formulate.

Dacă privitor la competența de soluționare în primă instanță a litigiilor având ca obiect acordarea ajutoarelor salariale de care beneficiază cadrele militare, polițiștii și funcționarii publici cu statut special la trecerea în rezervă sau direct în retragere, în temeiul art. 20 alin. 1 din capitolul II al anexei nr. VII din Legea-cadru nr. 284/2010³, Înalta Curte de Casație și Justiție, având în vedere împrejurarea că ajutorul acordat la trecerea în rezervă sau direct în retragere, respectiv la încetarea raporturilor de serviciu nu este un drept de asigurări sociale, ci este un drept asociat prestării unei anumite activități în temeiul unui raport de muncă sau de serviciu. și că în raport cu calitatea avută de solicitant, aceea de salariat sau de funcționar public, conform art. 109 din Legea nr. 188/1999 judecarea litigiilor intră în competența secțiilor/completurilor specializate în litigii de muncă sau a secțiilor/completurilor de contencios administrativ, reprezintă o soluție perfect justificată, nu același lucru se poate spune cu privire la al doilea aspect, deoarece motivarea instanței supreme că exercițiul dreptului la acordarea ajutoarelor prevăzute de art. 20 din anexa nr.

* Prof. univ. dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: top.dan@gmail.com.

** Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: annie_maria94@yahoo.com.

¹ www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.lista_anuala?an=2018, accesat la data de 1 martie 2019.

² Publicată în M. Of. nr. 448 din 30 mai 2018.

³ Publicată în M. Of. nr. 877 din 28 decembrie 2010, abrogată în prezent.

VII la Legea-cadru nr. 284/2010 a fost suspendat prin prevederi legale succesive, speciale și derogatorii, începând cu anul 2011 și până la finele anului 2017, acțiunile promovate în această perioadă sunt prematur formulate, dreptul nefiind actual, nu este la adăpost de critici.

Fiind vorba de drepturi salariale suplimentare, această caracteristică îi îndreptățește pe reclamanți să invoce protejarea, conform art. 1 din Protocolul nr. 1 la Convenție, a „bunurilor” acestora, înțelegând aici și creanța în virtutea căreia solicitantul poate pretinde că are cel puțin o speranță legitimă de a obține dreptul de a se bucura efectiv de un drept de proprietate.

Suspendarea acestui drept prin legile anuale ale bugetului de stat contravine prevederilor art. 53 din Constituția României, cât și reglementărilor date prin art. 1 din Protocolul nr. 1 adițional la Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, aducând atingere însăși existenței dreptului.

Astfel, neacordarea unui drept stabilit imperativ de lege (bineînțeles până la momentul abrogării textului de lege), din lipsa alocării unor fonduri sau a neprevăderii acestora în bugetele celor obligați la plata dreptului respectiv, echivalează cu golirea sa de conținut, cu suprimarea în fapt a dreptului⁴.

S-a creat o situație aberantă, în sensul că cei care la data publicării acestui recurs în interesul legii aveau hotărâri definitive să beneficieze de aceste drepturi, iar alții, în aceeași situație, care se aflau la judecata în fond sau în recurs să le fie respinse cererile. Se pune problema dacă mai pot promova acțiuni viitoare deoarece Legea nr. 153/2017 privind salarizarea personalului plătit din fonduri publice⁵ a abrogat expres Legea nr. 284/2010 în care erau prevăzute asemenea drepturi.

Decizia nr. 10/2018 privind examinarea recursului în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Brașov⁶ a stabilit că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 23 alin. 3 și art. 27 alin. 1 din Legea nr. 550/2004 privind organizarea și funcționarea Jandarmeriei Române, cu modificările și completările ulterioare, art. 20 din Legea nr. 121/1996 privind organizarea și funcționarea Corpului Pompierilor Militari, cu modificările ulterioare, art. 15 alin. 2 și 3, art. 16, art. 17 și art. 18 din O.G. nr. 88/2001 privind înființarea, organizarea și funcționarea serviciilor publice comunitare pentru situații de urgență, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 363/2002, cu modificările și completările ulterioare, raportat la art. 2 alin. 2 teza întâi, art. 5 alin. 1 lit. f) și g) și art. 109 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și art. 1, art. 4-6 din Legea nr. 80/1995 privind statutul cadrelor militare, cu modificările și completările ulterioare, sunt de competența instanțelor de contencios administrativ litigiile având ca obiect drepturile bănești solicitate de jandarmii din cadrul inspectoratului de jandarmi județean și pompierii din cadrul Inspectoratului General pentru Situații de Urgență, personal militar având statutul de cadre militare (ofițeri, maiștri militari și subofițeri) care își desfășoară activitatea în baza unor raporturi de serviciu, specifice funcționarilor publici cu statut special.

Într-adevăr, militarii sunt funcționari publici⁷, raporturile de muncă/serviciu ale acestei categorii profesionale sunt guvernate de un regim statutar special, derogatoriu de la dreptul comun în materie, reprezentat de Statutul funcționarilor publici⁸. Raporturile lor de muncă fiind reglementate prin norme speciale de natură administrativă, care, de regulă, sunt ordine ale organelor competente⁹, s-ar impune ca litigiile/conflictele de muncă în cazul tuturor categoriilor de funcționari publici să fie judecate de secții/complete specializate de drept comun (jurisdicția muncii) prevăzute în cazul salariaților¹⁰.

Decizia nr. 15/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel București, Secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale, în Dosarul nr. 1.793/93/2016, în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile¹¹ a stabilit că în interpretarea dispozițiilor art. 179 alin. 4 din Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice, cu modificările și completările ulterioare, recuperarea sumelor plătite cu titlu de prestații de asigurări sociale, în temeiul unei hotărâri judecătorești desființate în calea de atac, se poate face de către casa de pensii, în mod direct, prin emiterea unei decizii de debit, care constituie titlu executoriu.

Dispozițiile art. 179 din Legea nr. 263/2010 pot constitui temei juridic¹² pentru recuperarea sumelor încasate necuvenit cu titlu de prestații de asigurări sociale, numai în contextul coroborării lor cu dispozițiile art. 114 și art. 116

⁴ C. Apel Pitești, secția I civilă, decizia nr. 254 din 29 ianuarie 2018, www.rolii.ro.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 492 din 28 iunie 2017.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 536 din 28 iunie 2018.

⁷ Țiclea A., *Tratat privind răspunderea pentru daune în raporturile de muncă*, Ed. Universul Juridic, București, 2019.

⁸ Raicu D. D., *Raporturile juridice de muncă ale cadrelor militare în activitate. Reglementări specifice privind securitatea socială a acestora*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 34.

⁹ Țop D., *Tratat de dreptul muncii*, ed. a III-a, Ed. Mustang, București, 2018, p. 28.

¹⁰ Țiclea A., *Competența soluționării litigiilor de muncă în cazul funcționarilor publici*, în Revista română de dreptul muncii nr. 1/2006, p. 20; Ionel Florea, *Competența de soluționare a cauzelor care au ca obiect raportul de serviciu al funcționarului public*, în Revista română de dreptul muncii nr. 6/2017, p. 46.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 302 din 4 aprilie 2018.

¹² Țop D., *Dreptul securității sociale*, Ed. Zvem, Târgoviște, 2017, p. 63-64.

din Legea nr. 263/2010, ceea ce presupune emiterea prealabilă sau concomitentă a unei decizii de încetare, suspendare, modificare a drepturilor de pensie.

Aceasta întrucât raporturile de asigurări sociale se nasc, se modifică și se sting (o astfel de definiție pe deplin acceptată este inerentă oricărui raport juridic, public sau privat) în legătură cu acoperirea unor riscuri sociale (din această perspectivă, raportul juridic capătă specificitate), în condițiile strict prevăzute de lege.

Odată constituit dreptul asiguratului la primirea indemnizației de asigurări sociale (și, corelativ, obligația instituției de asigurări de a o plăti), de principiu, acesta nu poate fi modificat decât tot printr-o decizie, prin care să se dispună asupra dreptului de pensie – încetarea, suspendarea etc. plății pensiei – și doar în mod subsecvent se va proceda la recuperarea sumelor încasate necuvenit cu titlu de prestații de asigurări sociale.

Decizia nr. 16/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Brașov, Secția contencios administrativ și fiscal, în Dosarul nr. 4.833/62/2016, privind pronunțarea unei hotărâri prealabile¹³ a stabilit că perioada de maximum 3 luni, pentru care Fondul de garantare poate prelua și plăti creanțele salariale ale angajatorului în insolvență, se situează în intervalul de referință de 3 luni imediat anterioare deschiderii procedurii de insolvență – 3 luni imediat ulterioare deschiderii procedurii de insolvență; totodată, perioada de 3 luni, pentru care Fondul de garantare poate prelua și plăti creanțele salariale ale angajatorului în insolvență, se raportează exclusiv la data deschiderii procedurii insolvenței.

Cu toate că Fondul de garantare este constituit numai din contribuțiile angajatorilor, statul este implicat direct în stabilirea și plata creanțelor salariale cuvenite salariaților în cazul insolvenței¹⁴.

Creanțele salariale prevăzute la art. 13 alin. 1 lit. a), c), d) și e) din Legea nr. 200/2006, privind constituirea și utilizarea Fondului de garantare pentru plata creanțelor salariale¹⁵ se suportă pentru o perioadă de 3 luni calendaristice. Perioada prevăzută este perioada anterioară datei la care se solicită acordarea drepturilor și precedă sau succede datei deschiderii procedurii insolvenței.

Prin Decizia nr. 23/2018¹⁶, Înalta Curte de Casație și Justiție a admis recursul în interesul legii formulat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și, în consecință, a stabilit că: în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 43 din O.G. nr. 121/1998 privind răspunderea materială a militarilor, aprobată prin Legea nr. 25/1999, raportat la art. 109 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată, cu modificările și completările ulterioare, litigiile având ca obiect acțiuni în anularea deciziilor de imputare și a hotărârilor comisiilor de jurisdicție a imputațiilor constituite la nivelul ministerelor și autorităților publice centrale, promovate de militarii nominalizați de art. 7 din O.G. nr. 121/1998, de militarii aflați în misiune în afara granițelor țării prevăzuți de art. 9 din O.G. nr. 121/1998 și de funcționarii publici din structura instituțiilor publice prevăzute la art. 2 din O.G. nr. 121/1998, sunt de competența tribunalului – secția contencios administrativ și fiscal.

Cei nemulțumiți de hotărârile comisiilor interne, care analizează în primă etapă¹⁷ decizia de imputare se pot adresa instanței de judecată competente.

Deoarece textul art. 43 din O.G. nr. 121/1998 este clar: „în situația în care, după epuizarea acestor căi de atac, persoanele obligate la repararea prejudiciului în condițiile prezentei ordonanțe consideră că au fost lezate într-un drept legitim se pot adresa instanței competente, potrivit legii”, soluția instanței supreme este judicioasă, garantând accesul liber la justiție, potrivit art. 21 din Constituție.

Prin Decizia nr. 25/2018, Înalta Curte de Casație și Justiție a admis recursul în interesul legii formulat de Colegiul de conducere al Curții de Apel Iași și, în consecință, a stabilit că: „Dispozițiile art. 10 alin. 1 lit. f) din Hotărârea Guvernului nr. 679/2003 privind condițiile de obținere a atestatului, procedurile de atestare și statutul asistentului maternal profesionist și ale art. 122 alin. 3 lit. d) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu derogă de la regula privind obligativitatea efectuării în natură a concediului de odihnă, reglementată de art. 1 alin. 2, art. 144 și art. 149 din Legea nr. 53/2003 – Codul muncii, republicată, cu modificările și completările ulterioare, în situația în care asistentul maternal profesionist asigură continuitatea activității de creștere, îngrijire și educare a copiilor în perioada respectivă, acesta nefiind îndreptățit la plata unei despăgubiri echivalente cu indemnizația de concediu”¹⁸.

Activitatea persoanei atestate¹⁹ ca asistent maternal, în condițiile legii, se desfășoară în baza unui contract cu caracter special, aferent protecției copilului, încheiat cu direcția sau cu un organism privat acreditat.

Deoarece nevoile copilului presupun un anumit grad de imprevizibilitate, nu se pot determina, cu exactitate, nici programul de lucru și nici perioadele de repaus ale asistentului maternal, inclusiv cele de repaus anual, pe perioada

¹³ Publicată în M. Of. nr. 319 din 11 aprilie 2018.

¹⁴ Top D., *Tratat...*, op. cit., p. 480.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 453 din 25 mai 2006.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 109 din 12 februarie 2019.

¹⁷ Țiclea A., *Tratat privind răspunderea pentru daune în raporturile de muncă*, op. cit., p. 307.

¹⁸ Publicată în M. Of. nr. 135 din 20 februarie 2019.

¹⁹ Ștefănescu A., *Munca la domiciliu și telemunca. Drept intern și comparat*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 127.

concediului de odihnă, asistentul maternal profesionist nu este îndreptățit la plata unei despăgubiri egale cu indemnizația de concediu, întrucât nu se poate reține că a suferit un prejudiciu prin neefectuarea concediului legal de odihnă, în condițiile în care acesta a formulat cerere de concediu aprobată, prin care a solicitat ca în perioada concediului de odihnă copilul să rămână în familia sa.

Decizia nr. 41/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Iași, Secția litigii de muncă și asigurări sociale, în Dosarul nr. 1.489/89/2017, privind pronunțarea unei hotărâri prealabile²⁰ a stabilit că în interpretarea și aplicarea prevederilor art. 3³ și art. 3⁴ alin. 3 din O.U.G. nr. 57/2015 privind salarizarea personalului plătit din fonduri publice în anul 2016, prorogarea unor termene, precum și unele măsuri fiscal-bugetare, cu modificările și completările ulterioare, și ale art. 1 alin. 1, 2 și 5 din O.U.G. nr. 99/2016 privind unele măsuri pentru salarizarea personalului plătit din fonduri publice, prorogarea unor termene, precum și unele măsuri fiscal- bugetare, aprobată prin Legea nr. 152/2017, începând cu 1 ianuarie 2017, cuantumul sporurilor și indemnizațiilor prevăzute pentru personalul din învățământ se determină prin raportare la salariul de bază acordat în luna decembrie 2016, fără a include majorarea prevăzută de art. 3⁴ alin. 3 din O.U.G. nr. 57/2015.

O.U.G. nr. 99/2016²¹ nu își propune edictarea unor modificări asupra O.U.G. nr. 57/2015, ci, potrivit preambulului, doar extinde efectele unor dispoziții din acest act normativ, adoptat pentru anul 2016, pentru perioada 1 ianuarie-28 februarie 2017.

Conform voinței legiuitorului primar, exprimată prin Legea nr. 250/2016, care a introdus alin. 3 la art. 3⁴ din O.U.G. nr. 57/2015, s-a acordat o majorare de 15% la salariile de bază ale personalului din învățământ aferente lunii decembrie 2016.

Această excepție face inaplicabilă, în privința personalului din învățământ, regula menținerii salariilor de bază la același nivel cu cel acordat pentru luna decembrie 2016, regulă cuprinsă în art. 1 alin. 1 din O.U.G. nr. 99/2016.

Excepția este, însă, de strictă interpretare. În privința cuantumului sporurilor, indemnizațiilor, compensațiilor și al celorlalte elemente ale sistemului de salarizare, care se adaugă salariului de bază și care fac parte, potrivit metodologiei de stabilire a drepturilor de natură salarială, din salariul brut, rămân aplicabile prevederile art. 1 alin. 2 din O.U.G. nr. 99/2016, care stabilesc că acestea se mențin la același nivel cu cel acordat pentru luna decembrie 2016.

Prin Decizia 42/2018²², Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept a decis, în ședința din 4 iunie 2018, că admite sesizarea formulată de Curtea de Apel Cluj, Secția a IV-a pentru litigii de muncă și asigurări sociale, a stabilit că: în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 169 alin. 3 din Legea nr. 263/2010 privind sistemul unitar de pensii publice, cu modificările și completările ulterioare (art. 782 alin. 2 din Legea nr. 19/2000 privind sistemul public de pensii și alte drepturi de asigurări sociale, cu modificările și completările ulterioare), punctajul suplimentar reglementat de art. 169 alin. 1 din Legea nr. 263/2010 (art. 782 alin. 1 din Legea nr. 19/2000) nu poate fi acordat în situația în care pensionarul care a realizat un stagiu de cotizare în condiții de handicap preexistent calității de asigurat beneficiază de un stagiu complet de cotizare redus conform art. 58 din Legea nr. 263/2010 (art. 47 din Legea nr. 19/2000).

Sensul dispozițiilor mai sus menționate este de a nu se acorda aceste creșteri persoanelor cărora li s-au aplicat stagii complete de cotizare diminuate, cum este și cazul persoanelor care au realizat un stagiu de cotizare în condiții de handicap preexistent calității de asigurat și care beneficiază atât de reducerea vârstelor standard de pensionare, cât și de reducerea stagiului complet de cotizare, potrivit art. 47 din Legea nr. 19/2000 (art. 58 din Legea nr. 263/2010).

Stagiul complet de cotizare redus potrivit art. 47 din Legea nr. 19/2000 (art. 58 din Legea nr. 263/2010) a avut în vedere, într-adevăr, situația specială în care se află persoana încadrată în grad de handicap, însă acesta nu poate fi asimilat stagiului complet de cotizare prevăzut de anexa nr. 3 la Legea nr. 19/2010, respectiv stagiilor complete de cotizare prevăzute de legislația în vigoare la data deschiderii drepturilor de pensie, la care art. 78² alin. 2 din Legea nr. 19/2000, respectiv art. 169 alin. 3 din Legea nr. 263/2010 fac în mod expres trimitere, în absența unei dispoziții legale în acest sens. O atare asimilare apare ca fiind nu numai lipsită de suport legal, dar și de natură a înlătura efectele distincției prevăzute de art. 169 alin. 3 din Legea nr. 263/2010 (art. 78² alin. 2 din Legea nr. 19/2000), aceasta devenind, practic, inaplicabilă.

Decizia nr. 49/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Craiova, Secția contencios administrativ și fiscal privind dezlegarea unei probleme de drept²³ a statuat că în interpretarea dispozițiilor art. 3¹ alin. 1, raportat la art. 3¹ alin. 1³ din O.U.G. nr. 57/2015, în forma modificată prin O.U.G. nr. 43/2016, stabilirea nivelului maxim al salariului de bază/indemnizației de încadrare pentru personalul încadrat în direcțiile generale de asistență socială și protecția copilului se raportează la nivelul aceluiași ordonator de credite căruia îi sunt subordonate financiar, și nu la nivel național.

²⁰ Publicată în M. Of. nr. 819 din 25 septembrie 2018.

²¹ Publicată în M. Of. nr. 1035 din 22 decembrie 2016.

²² Publicată în M. Of. nr. 814 din 24 septembrie 2018.

²³ Publicată în M. Of. nr. 838 din 2 octombrie 2018.

În cazul direcțiilor generale de asistență socială și protecția copilului, nu este întrunită una dintre condițiile esențiale prevăzute de textul de lege incident, anume ca instituțiile publice să fie subordonate unui ordonator de credite comun.

Astfel, contrar opiniilor minoritare exprimate în jurisprudența transmisă de unele curți de apel, nu este suficient a se constata că directorul executiv al direcției exercită atribuții de ordonator secundar de credite și se află în subordinea președintelui consiliului județului și că, prin urmare, s-ar afla la același nivel de subordonare din punct de vedere financiar. Norma incidentă stipulează, fără echivoc, că instituțiile publice trebuie să se subordoneze unui ordonator comun.

Decizia nr. 50/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel București, Secția a VII-a pentru cauze privind conflicte de muncă și asigurări sociale²⁴ a stabilit că în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 94 din Legea nr. 7/2006 privind statutul funcționarului public parlamentar, republicată, cu modificările și completările ulterioare, și ale art. 102 alin. 2 teza a doua din Legea nr. 208/2015 privind alegerea Senatului și a Camerei Deputaților, precum și pentru organizarea și funcționarea Autorității Electorale Permanente, cu modificările și completările ulterioare, pensia de serviciu reglementată de art. 73¹ din Legea nr. 7/2006 nu se cuvine personalului Autorității Electorale Permanente.

Prin art. 94 alin. 1 din Legea nr. 7/2006²⁵, s-a reglementat acordarea pensiei de serviciu și altor categorii de personal, respectiv funcționarilor publici din cadrul Consiliului Legislativ și membrilor acestuia, precum și personalului Curții Constituționale, asimilat, potrivit legii, celui cu funcții similare din structurile Parlamentului.

Deși beneficiază de un statut identic cu cel al personalului din aparatul celor două Camere ale Parlamentului, personalul Autorității Electorale Permanente nu este enunțat între categoriile speciale care au dreptul la pensia de serviciu stabilită pentru funcționarii publici parlamentari din structurile de specialitate ale Parlamentului în art. 73¹ din Legea nr. 7/2006.

În acest caz, pentru ca personalul Autorității Electorale Permanente să beneficieze de pensie de serviciu este necesară intervenția legislativului, autoritatea competentă să aprecieze asupra oportunității unui asemenea demers.

Decizia nr. 78/2018 privind examinarea sesizării formulate de Curtea de Apel Cluj, Secția a III-a contencios administrativ și fiscal în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile cu privire la dezlegarea unor chestiuni de drept²⁶ a stabilit că „în interpretarea dispozițiilor art. 1 alin. 1 și art. 3 din O.U.G. nr. 70/2014, art. II din Legea nr. 293/2015 cu referire la atribuțiile prevăzute de art. 12 alin. 5 din Legea nr. 416/2001 și art. 24 alin. 1 și 2 din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 416/2001, secretarul comunei nu face parte din personalul încadrat în sistemul public de asistență socială”.

În domeniul asistenței sociale activează²⁷ asistenți sociali, alt personal de specialitate în asistență socială, precum și personal cu profesii, calificări și competențe diverse.

Potrivit Legii nr. 215/2001 privind administrația publică locală²⁸, secretarul unității administrativ-teritoriale este funcționar public de conducere, cu studii superioare juridice sau administrative.

Secretarul comunei coordonează compartimentul de asistență socială, iar funcția publică de conducere este deținută în virtutea încadrării sale și a obligațiilor pe care legea le-a stipulat pentru aceasta.

Secretarul comunei nu este conducătorul compartimentului de asistență socială în sensul Legii nr. 188/1999, nu ocupă funcția de director, director executiv, director adjunct etc.

Personalul de asistență socială are ca atribuții efectuarea unor operațiuni tehnico-administrative în acest domeniu, în timp ce secretarului îi revine obligația legală de a coordona compartimentul și nu i se cuvin majorările salariale.

Decizia nr. 79²⁹ pronunțată în dosarul nr. 1998/1/2018, a admis sesizările conexe formulate de Curtea de Apel Ploiești, Secția I civilă, în dosarele nr. 3012/105/2017, nr. 3087/105/2017 și nr. 3533/105/2017, privind pronunțarea unei hotărâri prealabile și, în consecință, a stabilit că, *prin raportare la prevederile Legii nr. 192/2006 privind medierea și organizarea profesiei de mediator, cu modificările și completările ulterioare, nu pot face obiect al medierii negocierile cu privire la acordarea/încadrarea în grupele I și/sau a II-a de muncă, respectiv, condiții deosebite și/sau condiții speciale.*

Fondul problemelor legate de medierea conflictelor individuale de muncă „este determinat de precizarea, cuprinsă în art. 73 alin. 2 din Legea nr. 192/2006, în sensul că se poate recurge la mediere numai în legătură cu acele conflicte care vizează „drepturi de care părțile pot dispune... Cu alte cuvinte, se impune a se stabili care sunt condițiile (limitele) în care se poate media în sfera conflictelor individuale de muncă prin prisma efectelor pe care le produce art. 38 din Codul muncii”³⁰.

²⁴ Publicată în M. Of. nr. 815 din 24 septembrie 2018.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 35 din 16 ianuarie 2006, modificată ulterior.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 127 din 18 februarie 2019.

²⁷ Top D., *Dreptul securității sociale*, op. cit., p. 434.

²⁸ Publicată în M. Of. nr. 204 din 23 aprilie 2001, cu modificările și completările ulterioare.

²⁹ Publicată în M. Of. nr. 117 din 14 februarie 2019.

³⁰ Ștefănescu I.T., *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 1004.

Este evident că părțile contractului individual de muncă nu pot tranzacționa cu privire la încadrarea locurilor de muncă în grupe de muncă sau în condiții deosebite sau speciale, acest lucru puțind fi făcut numai ca efect al unui act normativ, medierea conflictelor de drepturi este considerată de legiuitor „ca fiind inadmisibilă”³¹ pentru că scopul său „vizează concilierea unor interese potrivnice prin tranzacționarea drepturilor, ceea ce implica limitări reciproce la drepturi ale părților în conflict”³².

Din cele ce precedă rezultă că deciziile date de Înalta Curte de Casație și Justiție în cazul recursului în interesul legii sau pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, dacă vizează probleme ale raporturilor juridice de muncă sau asigurări sociale, au o poziție aparte, putându-se afirma că „ne aflăm în prezența unui izvor secundar (indirect) de drept”³³, așa cum se arată constant în doctrina de specialitate.

³¹ Dumitriu R., *Soluționarea conflictelor de interese prin conciliere și mediere*, în Revista română de dreptul muncii nr. 2/2004, p. 32.

³² Athanasiu A., AL, Volonciu, M., Dima, L., Cazan, O., *Codul muncii. Comentariu pe articole*, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 290.

³³ Ștefănescu I.T., *Tratat...*, 2017, *op. cit.*, p. 60.

JURISPRUDENȚA NEUNITARĂ A INSTANȚELOR DE JUDECATĂ ÎN LITIGIILE REFERITOARE LA DREPTURI SALARIALE ȘI ALTE DREPTURI CONEXE. EXAMEN CRITIC

Non Unitary Jurisprudence of The Courts in Disputes Relating to Salary Rights and Other Related Rights. Critical Examination

Viorel TATU*

Rezumat: *Articolul își propune să prezinte aspecte cheie legate de jurisprudența neunitară a instanțelor de judecată în litigiile referitoare la drepturile salariale și alte drepturi conexe. Acesta examinează legislația după criza financiară din 2009, prezentând, în principal, deciziile relevante ale instanțelor judecătorești, prin care structurile Ministerului Afacerilor Interne au fost obligate la calcularea și acordarea sporului pentru risc și suprasolicitare neuropsihică pentru agenții și ofițerii de poliție judiciară, respectiv calcularea și la plata sporului de fidelitate pentru funcționarii publici cu statut special.*

Având în vedere faptul că există soluții jurisprudențiale contrare, care pot fi interpretate diferit, se subliniază necesitatea pronunțării unor decizii preliminare sau a unui recurs în interesul legii pentru clarificarea acestor aspecte legate de drepturile salariale.

Cuvinte-cheie: *drepturi salariale, statut special, risc neuropsihic, coeficienți de ierarhizare, spor de fidelitate.*

Abstract: *The article aims to reveal key aspects related to non-unified case law of judicial courts concerning the disputes over the salary rights and other related rights. It examines the legislation after the financial crisis from 2009, offering relevant decisions of the courts mainly regarding the structures of the Ministry of Home Affairs which were obliged to calculate and grant the increase for neuropsychological risk and overburden for the judicial police officers and officers, respectively to calculate and pay the loyalty bonus for civil servants with special status.*

Taking into consideration that there are foreseen controversial case law decisions which are likely to be differently interpreted, it is highlighted the necessity of preliminary decisions or appeal in the interest of the law in order to clarify these issues related to salary rights.

Keywords: *salary rights, special status, neuropsychological risk, ranking coefficients, loyalty benefit.*

I. Introducere

Definiții pentru lucrarea de față sunt 2 (două) norme juridice fundamentale și anume:

- art. 16 alin. (2) din Constituție, potrivit căruia „*nimeni nu este mai presus de lege*” și, respectiv
- art. 124 alin. (2) din același act juridic fundamental, în temeiul căruia „*justiția este unică, imparțială și egală pentru toți*”.

În „lumina” acestor prevederi o jurisprudență unitară a instanțelor de judecată se impune cu de la sine putere.

În **Institutele lui Justinian**, știința dreptului este definită ca fiind „*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justī atque injustī scientia*” (știința dreptului sau jurisprudența este cunoașterea lucrurilor divine și umane, știința a ceea ce este drept și nedrept).

„Din punct de vedere etimologic, cuvântul „jurisprudență” provine din cuvintele latine „juris”, însemnând drept și „dictio”, semnificând pronunțare (...). Jurisprudența este un izvor de drept formal ce include experiența practică a organelor judecătorești ce aplică dreptul pozitiv și căruia îi probează și legitimează valabilitatea”¹.

În concret, „jurisprudența în sens larg cuprinde nu ceea ce s-a recunoscut ca drept la un moment dat, ci ceea ce s-a aplicat, adică ceea ce s-a executat pe baza acelei recunoașteri”².

„Ulterior, aceasta a ajuns să fie înțeleasă și desemnată ca fiind ansamblul regulilor de drept reieșite din hotărârile instanțelor judiciare, concurând, dintr-o asemenea perspectivă, alături și conjugat cu doctrina și știința dreptului, la cunoașterea dreptului și a fenomenului juridic. Din cele mai vechi timpuri, definită sub celebra formulă pretoriană – **do, dico, addico** – jurisprudența a jucat un rol major în prefigurarea, nașterea și realizarea dreptului”³.

* Doctorand, Academia de Studii Economice București; e-mail: vioreltatu73@gmail.com.

¹ Ionașcu T., *Jurisprudența – izvor de drept*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Seria Științe Juridice nr. 3/2014, p. 31.

² Djuvara M., *Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică)*, Ed. Librăriei SOCEC&CO., București, 1930, vol. II, p. 470.

³ Duțu M., *Fațetele teoretice ale fenomenului juridic. Dreptul ca doctrină, știință și jurisprudență*, în *Dreptul* nr. 4/2014, p. 164.

„Practica judecătorească, denumită și jurisprudență, este alcătuită din totalitatea hotărârilor judecătorești pronunțate de către instanțe de toate gradele”⁴.

Așa după cum afirmă, cu îndreptățită convingere, un reputat avocat⁵ „(...) legiutorul, în baza principiului separației puterilor în stat, are atribuția de *a face legea* (lex), în timp ce judecătorul sau arbitrul, pentru cazul raportului juridic conflictual, ori practicianul dreptului, pentru cazul raportului juridic non-conflictual, au rolul de *a face dreptul* (jus). Spunând dreptul (*jurisdictio*), judecătorul creează dreptul. Soluțiile unitare, repetabile și predictibile date de judecător capătă valențele precedentului judiciar. Dreptul pe care îl „spune” judecătorul, numit de romani *drept praetorian*, nu se limitează la a fixa tiparul normei legale asupra faptului juridic, ci se extinde la explicarea și interpretarea legii, la completarea acesteia prin apelul la principiile dreptului, ajungând în final la soluția juridică adaptată speței concrete dedusă judecătii”.

Pe de altă parte, în doctrina de specialitate⁶ s-a apreciat că „inflația normativă, instabilitatea și calitatea discutabilă a unor legi, numărul mare de dosare aflate pe rol, insuficienta specializare a unor magistrați sau înțelegerea greșită a specializării, absența unor mijloace eficiente pentru interpretarea și aplicarea unitară a legii, dar mai cu seamă organizarea actuală a instanțelor judecătorești și distribuirea competențelor constituie câteva dintre posibilele cauze ale practicii neunitare.”

II. Chestiuni prealabile

Prezenta lucrare „vine” să prezinte aspecte relevante din practica neunitară a instanțelor de judecată, referitoare la salarizarea polițiștilor, determinată de multitudinea de acte normative și de norme juridice emise în ultimii 10 ani.

Urmare a crizei financiare, în anul 2009 s-a apreciat asupra necesității emiterii unui act normativ care să reglementeze, la nivel de lege, salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice.

Cu această ocazie, se impun a fi subliniate mențiunile relevante din cuprinsul expunerii de motive ale proiectului de act normativ, devenit ulterior Legea nr. 330/2009, publicată în M. Of. nr. 762 din data de 09 noiembrie 2009, potrivit căroră:

– în anul 1991, odată cu trecerea la noul sistem de salarizare, au fost edictate un număr de 4 (patru) legi și o hotărâre a Guvernului României, prin care s-a reglementat salarizarea personalului bugetar; cu acest prilej s-a urmărit asigurarea unei corelări cât mai bune a drepturilor de salarizare între toate sectoarele bugetare, indiferent de actul normativ prin care aceste drepturi au fost aprobate.

– în anul 2009, salariile de bază ale personalului bugetar erau reglementate distinct, în cuprinsul a 39 acte normative distincte.

În concret, pct. 9 din cuprinsul alin. (1) al art. 47 din lege a abrogat O.G. nr. 38/2003 privind salarizarea și alte drepturi ale polițiștilor.

Așa după cum se cunoaște⁷, polițistul este un funcționar public civil, cu statut special, înarmat, ce poartă, de regulă, uniformă și este investit cu exercițiul autorității publice.

În acest context, începând cu data de 01 ianuarie 2010 drepturile de natură salarială ale polițiștilor au fost reglementate de Anexa IV a Legii nr. 330/2009.

Acest act normativ a fost abrogat de Legea nr. 284/2010 *privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice*, publicată în M. Of. nr. 877 din data de 28 decembrie 2010, care trebuia să intre în vigoare începând cu data de 01 ianuarie 2011.

În mod efectiv, în ceea ce privește cuantumul drepturilor salariale, această lege-cadru nu a intrat niciodată în vigoare, legiutorul preferând stabilirea compensațiilor bănești ale personalului din sectorul public prin 9 (nouă) legi anuale de salarizare.

În termeni practici, Legea nr. 284/2010 a fost abrogată de Legea nr. 153/2017 privind salarizarea personalului plătit din fonduri publice, publicată în M. Of. nr. 492 din data de 28 iulie 2017.

Prezentul material se referă la dosarele civile având ca obiect, în principal, obligarea unor structuri ale Ministerului Afacerilor Interne la calcularea și acordarea sporului pentru risc și suprasolicitare neuropsihică pentru agenții și ofițerii de poliție judiciară, respectiv la calcularea și la plata sporului de fidelitate pentru funcționarii publici cu statut special.

În urma unui examen jurisprudențial sumar, au fost identificate soluții diametral opuse, pronunțate în spețele deduse discuției.

⁴ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1994, p. 197.

⁵ Piperea G., *Precedentul judiciar și aplicabilitatea directă în dreptul intern a reglementărilor comunitare europene*, www.juridice.ro, 2009, consultat la data de 08 aprilie 2019.

⁶ A se vedea Lupașcu D., Hotca M.A., *Rolul jurisprudenței în cadrulul sistemului judiciar român*, *Lex et Scientia International Journal*, nr. XVI/2009, vol. II, p. 222-223.

⁷ Pentru mai multe detalii: Legea nr. 360/2002 *privind Statutul polițistului* și Legea nr. 218/2002 *privind organizarea și funcționarea Poliției Române*.

III. Cu privire la calcularea și plata sporului pentru risc și suprasolicitare neuropsihică.

III.1. Într-o primă variantă de soluție completul de judecată al Tribunalului București⁸ reține următoarele: „(...) potrivit art. 5 din Anexa VI din Legea-cadru nr. 284/2010 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, judecătorii de la Înalta Curte de Casație și Justiție, de la curțile de apel, tribunale, tribunalele specializate și judecătorii, procurorii de la parchetele de pe lângă aceste instanțe, membrii Consiliului Superior al Magistraturii, personalul de specialitate juridică asimilat magistraților, magistrații-asistenți de la Înalta Curte de Casație și Justiție, asistenții judiciari, personalul auxiliar de specialitate, personalul de specialitate criminalistică și personalul auxiliar de specialitate criminalistică din cadrul Institutului Național de Expertize Criminalistice și al laboratoarelor de expertize criminalistice, ofițerii și agenții de poliție judiciară, precum și specialiștii din cadrul Direcției Naționale Anticorupție, Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism, personalul de probațiune beneficiază și de un spor pentru risc și suprasolicitare neuropsihică de până la 25%, respectiv de un spor pentru păstrarea confidențialității de până la 5%, aplicate la salariul de bază lunar, respectiv la indemnizația lunară de încadrare.

De asemenea, art. 13 din Anexa VII din aceeași Lege-cadru nr. 284/2010 are în vedere că „(1) *Dispozițiile legale prin care sunt stabilite sporuri, indemnizații și alte drepturi de natură salarială pentru personalul din alte domenii de activitate din sectorul bugetar se aplică și personalului militar, polițiștilor, funcționarilor publici cu statut special din sistemul administrației penitenciare și personalului civil care se află în situații similare, indiferent de tipul unității în care își desfășoară activitatea, cu avizul Ministerului Muncii și Justiției Sociale.*

(2) Normele de aplicare se stabilesc prin ordin al ordonatorului principal de credite”.

„În speță se constată că prevederile art. 13 alin. (2) din Anexa VII din Legea-cadru nr. 284/2010 au fost puse în aplicare de către ordonatorul principal de credite, MAI, prin emiterea unui ordin clasificat prin care s-a dispus acordarea/plata sporului de risc și suprasolicitare neuropsihică polițiștilor din cadrul M.A.I. care desfășoară activități de poliție judiciară, astfel un procent de 5% din salariul de bază pentru lucrătorii de poliție judiciară din structurile de investigații criminale și un procent de 20% din salariul de bază pentru lucrătorii de poliție judiciară din structurile de crimă organizată.” (...)

„Art. 5 din Anexa VI din Legea-cadru nr. 284/2010 are în vedere sporul de suprasolicitare neuropsihică de până la 25% în familia ocupațională de funcții bugetare Justiție. Conform art. 13 alin. (1) din Anexa VII la aceeași lege, M.A.I., în calitate de ordonator principal de credite a solicitat avizul Ministerului Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice pentru acordarea acestui drept și polițiștilor din cadrul MAI care desfășoară activități de poliție judiciară. Urmare a obținerii avizului nr. 4792/DIB/21214/RG/2296/IG din 09.07.2015, s-a emis Anexa 4¹ la ordinul clasificat, ce cuprinde categoriile de personal – ofițerii și agenții de poliție din cadrul Direcției de Combatere a Criminalității Organizate din I.G.P.R. care desfășoară activități de poliție judiciară, precum și cuantumul sporului de risc și suprasolicitare neuropsihică. Deși nu se prevede un procent fix, ci doar o limită maximă a procentului ce se poate acorda, din actele depuse de pârâtă nu rezultă motive de acordare a acestui spor la o limită inferioară apreciată. Din contră, toate cele de mai sus arătate conduc la concluzia că sporul se poate acorda către limita maximă de 20%.” (...)

„(...) reflectând la prevederile actelor clasificate, reține instanța că în lipsa unor elemente, unor piese probatorii din care să rezulte modul de aplicare/interpretare al prevederilor legale evocate în ceea ce îl privește pe reclamant, acestuia i se cuvine diferența de drepturi salariale constând în sporul de risc și suprasolicitare neuropsihică până la 20% din salariul de bază, (...)”

III.2. Într-o altă soluție jurisprudențială, completul de judecată al Tribunalului Bihor⁹, plecând tot de la temeiurile de drept iterate anterior, respectiv art. 13 alin. (1) din Anexa VII la Legea nr. 284/2010 și art. 5 din Anexa VI din același act normativ, susține următoarele:

„În aprecierea instanței, dreptul la sporul de suprasolicitare neuropsihică își găsește izvorul în dispozițiile legale mai sus citate, însă sunt două chestiuni care trebuie lămurite, respectiv (...) și determinarea cuantumului acestui spor.

„Contrar susținerilor reclamantilor, prin textele de lege invocate din legea de salarizare nu s-a născut automat dreptul la sporul de suprasolicitare neuropsihică (...)”.

„În ceea ce privește critica referitoare la acordarea diferențiată a sporului de suprasolicitare neuropsihică, tribunalul reține că nicăieri în textele de lege nu se prevede un cuantum identic al sporului, ci doar faptul că limita maximă a acestuia este de 25%.

Prin Anexa nr. 4¹ la ordinul clasificat s-a stabilit că sporul se acordă doar ofițerilor și agenților de poliție judiciară diferențiat pe categorii în funcție de criterii specifice ale locului de muncă și ale funcțiilor deținute.

Această acordare diferențiată pe categorii de personal este apreciată de instanță ca fiind în concordanță cu prevederile legale și, contrar susținerilor reclamantei, nu este discriminatorie, câtă vreme atribuțiile, răspunderea și riscurile sunt diferite pe fiecare categorie”.

În consonanță cu argumentele instanței de fond, Curtea de Apel Oradea reține faptul că „(...) din interpretarea textelor de lege menționate, nicidecum nu rezultă că legiuitorul a avut în vedere acordarea sporului de risc și

⁸ Tribunalul București, Sentința civilă nr. 2393 din data de 13 aprilie 2017, definitivă, nepublicată.

⁹ Tribunalul Bihor, Sentința civilă nr. 173 din data de 01 februarie 2017, definitivă, nepublicată.

suprasolicitare neuropsihică în procent egal tuturor categoriilor de beneficiari indicate de text, din sintagma „până la 25%” rezultând cu evidență că în cazul fiecăruia, sporul acordat poate fi maxim până la procentul menționat, adică mai mic sau egal. Normele metodologice elaborate pentru punerea în aplicare a dispoziției legale de către ordonatorii principali de credite pentru fiecare categorie de beneficiari, stabilesc în cazul fiecărei categorii procentul concret”. (...)

„Instanța de recurs nu a fost investită să analizeze legalitatea normelor metodologice cuprinse în ordinele susmenționate, astfel că nu poate analiza măsura în care acestea respectă sau nu dispoziția legală în aplicarea căreia au fost elaborate”.

III.3. Apreciem justificată ultima soluție jurisprudențială, pentru argumentele de fapt și de drept ce vor fi expuse în continuare:

În mod evident, legea se referă la acordarea unui spor **de până la 25%**, nefiind impus un quantum al sporului. Rezultă că legiuitorul a acordat competențe exclusive ordonatorului principal de credite, fără ca instanța să se poată substitui atribuțiilor acestuia.

Practic legea conferă ordonatorului de credite dreptul de a stabili în concret quantumul sporului, în baza actelor normative în vigoare, a criteriilor de evaluare din legislația care reglementează politicile salariale, cu îndeplinirea condiției de încadrare în limita fondurilor bugetare aprobate anual.

Așa după cum am arătat, sporul pentru risc și suprasolicitare neuropsihică **de până la 25%** este prevăzut la art. 5 din Anexa VI – *Familia ocupațională de funcții bugetare „Justiție”* – la Legea-cadru nr. 284/2010, cu modificările și completările ulterioare, fiind un drept salarial acordat **„ofițerilor și agenților de poliție judiciară, precum și specialiștilor din cadrul Direcției Naționale Anticorupție/Direcției de Investigare a Infracțiunilor de Criminalitate Organizată și Terorism”**, situație în care, potrivit art. 13 alin. (1) din Anexa VII la aceeași lege-cadru, ministerul a solicitat avizul Ministerului Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice pentru acordarea acestui drept și polițiștilor din cadrul Ministerului Afacerilor Interne **care desfășoară activități similare** de poliție judiciară.

Urmare obținerii avizului nr. 4792/DIB/21214/RG/2296/IG din data de 09.07.2015 al Ministerului Muncii, Familiei, Protecției Sociale și Persoanelor Vârstnice, la nivelul Ministerului Afacerilor Interne s-a constatat că sunt îndeplinite condițiile de legalitate prevăzute la art. 13 alin. (1) din Anexa VII la Legea nr. 284/2010, pentru elaborarea normelor interne privind acordarea sporului pentru risc și suprasolicitare neuropsihică **de până la 25% polițiștilor din cadrul ministerului care desfășoară activități de poliție judiciară**.

În acest context, printr-un ordin clasificat, în anul 2015, a fost introdusă Anexa 4¹, care a prevăzut acordarea sporului în discuție, aceste dispoziții fiind aplicabile începând cu data de 01 august 2015.

Anexa nr. 4¹ cuprinde *Normele metodologice* pentru categoriile de personal – ofițerii și agenții de poliție din cadrul Direcției de Combatere a Criminalității Organizate din Inspectoratul General al Poliției Române care desfășoară activități de poliție judiciară, respectiv ofițerii și agenții de poliție din celelalte unități/structuri care desfășoară activități de poliție judiciară, precum și mărimea concretă a procentului sporului pentru risc și suprasolicitare neuropsihică, diferită pentru fiecare categorie de personal identificată, ținând cont de faptul că **legea nu prevede un procent fix, ci o limită maximă a procentului sporului ce se poate acorda**.

Soluția legislativă aprobată prin anexa nr. 4¹ a avut la bază criteriile de evaluare din legislația unitară care reglementează salarizarea personalului bugetar convenite cu partenerii sociali (**nivelul studiilor și competențe; eșalonul ierarhic; importanța socială a muncii; complexitatea și diversitatea activităților; responsabilitatea și impactul deciziilor; expunere la factori de risc; incompatibilități și conflicte de interese; dificultatea activităților specifice**; sfera de relații – **interacțiunea cu factorii externi**; condiții de acceptare pe post), încadrându-se în limitele cadrului legal prevăzut la art. 5 din Cap. VIII al Anexei VI – *Familia ocupațională de funcții bugetare „Justiție”* la Legea nr. 284/2010, cu modificările și completările ulterioare, mărimea procentului sporului acordat fiind aprobată de conducerea ministerului, în limitele fondurilor bugetare alocate, pe baza criteriilor respective, neexistând o situație de discriminare.

Astfel, prin raportare la aceste criterii de evaluare prevăzute de Legea-cadru nr. 284/2010, cu modificările și completările ulterioare, a fost diferențiat quantumul sporului acordat cu încadrarea în limitele fondurilor bugetare alocate, ținând cont și de faptul că Direcția de Combatere a Criminalității Organizate este unitatea specializată din structura Inspectoratului General al Poliției Române, cu competență teritorială generală, care desfășoară și coordonează activitatea de combatere a criminalității organizate la nivel național, în conformitate cu actele normative în vigoare.

Începând cu data de 01.08.2015, cu respectarea legislației incidente, s-a acordat sporul pentru risc și suprasolicitare neuropsihică de până la 25% polițiștilor din cadrul ministerului care desfășoară activități de poliție judiciară, în limitele procentelor prevăzute de Anexa nr. 4¹ la ordin.

În acord cu soluția Tribunalului Bihor, atât timp cât procentul efectiv al sporului în discuție a fost stabilit printr-un act administrativ cu caracter normativ, care nu a fost anulat, instanța de judecată nu poate face abstracție de acesta, prin încălcarea principiului separației puterilor în stat.

IV. Cu privire la calcularea și plata sporului de fidelitate.

IV.1. Într-o primă opinie, completul de judecată al Curții de Apel Iași¹⁰ stabilește următoarele:

„Legea nr. 71/2015 a completat prevederile art. 5 cu alin. (1¹), prin care a stabilit că prin nivel de salarizare în plată pentru funcțiile similare se înțelege același quantum al salariului de bază cu cel al salariaților având aceeași funcție, în care au fost incluse, după data de 31 decembrie 2009, sumele aferente salariului de încadrare, precum și sumele aferente sporurilor de care au beneficiat înainte de această dată, dacă salariatul angajat, numit sau promovat îndeplinește aceleași condiții de studii – medii, superioare, postuniversitare, doctorale, de vechime și își desfășoară activitatea în aceleași condiții, specifice locului de muncă la data angajării sau promovării.

Astfel, prin dispozițiile legale mai sus citate, legiuitorul a prevăzut ca salarizarea să se facă la același quantum al salariului de bază cu cel al salariaților cu funcții similare din cadrul aceleiași instituții/autorități publice, dacă îndeplinesc aceleași condiții de studii și vechime, precum și dacă activitatea se desfășoară în aceleași condiții.

Curtea reține că temeiul acordării acestor sume reclamantului este art. 1 alin. (5¹) potrivit cu care, prin excepție de la principiul menținerii salariilor la același nivel ca cel din 2014, personalul din cadrul autorităților publice cum e și pârâta, salarizat la același nivel, care beneficiază de un quantum al salariilor de bază și al sporurilor mai mici decât cele stabilite la nivel maxim în cadrul aceleiași instituții sau autorități publice pentru fiecare funcție/grad/treaptă și gradație, va fi salarizat la nivelul maxim dacă își desfășoară activitatea în aceleași condiții. (...)

Prin urmare, față de această situație, Curtea consideră că toate considerentele referitoare la (...) sunt incidente și pentru sporul de fidelitate, care a avut un statut similar, fiind abrogat de noile legi de salarizare, dar supraviețuind sub forma sumelor compensatorii, acordate însă numai persoanelor (*beneficiare* – n.n.) și în quantumul existent la data de referință 31.12.2009, determinând în acest fel inechitate în domeniul salarizării, inechitate reparată de legiuitor prin Legea nr. 71/2015”.

Într-o opinie de speță, Curtea de Apel Suceava¹¹ precizează că „s-a stabilit astfel, cu putere obligatorie, că prin Legea nr. 71/2015 legiuitorul a intenționat să înlăture toate inechitățile de natură salarială și situațiile de discriminare care au rezultat din aplicarea legilor de salarizare în domeniul bugetar, așa încât începând cu data intrării în vigoare a acestei legi reclamanta este îndreptățită să i se recalculeze venitul lunar prin stabilirea salariului de bază la nivel maxim comparativ cu persoanele din cadrul instituției care își desfășoară activitatea în aceleași condiții”.

IV.2. Pe de altă parte, în sens contrar, un complet de judecată al Tribunalului Olt¹² indică următoarele:

„Prevederile art. 6 din O.G. nr. 38/2003 care reglementa sporul de fidelitate au fost abrogate începând cu anul 2010, data intrării în vigoare a Legii-cadru nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice (...)”.

„Conform pct. 1 din Nota la anexa nr. IV/1A la Legea-cadru nr. 330/2009, în coeficienții de ierarhizare minimi și maximi corespunzători salariilor funcțiilor de bază ai funcționarilor publici cu statut special, erau cuprinse (...) și sporul de fidelitate”.

„Practic, în baza dispozițiilor exprese ale legii noi citate mai sus, legile de salarizare existente la data de 31 decembrie 2009 s-au aplicat în continuare, pentru determinarea efectivă a quantumului salariilor. Reîncadrarea personalului s-a realizat totuși în anul 2010, pe baza coeficienților de ierarhizare și a celorlalte drepturi salariale reglementate de noua lege, dar această reîncadrare a avut doar caracter orientativ, neproducând nici un efect juridic concret. Astfel, toate deciziile, ordinele și celelalte acte administrative în materia salarizării personalului bugetar emise în anul 2010 au avut ca temei juridic noua lege, fiecare drept salarial fiind acordat invocându-se prevederile legale noi care îl instituiau (iar nu legea veche).

Potrivit art. 7 alin. (2) din Legea-cadru nr. 330/2009, personalul care a dobândit anterior anumite sporuri, cum este cazul celui de fidelitate, le menține în cadrul salariului. Practic, dispozițiile privind eliminarea unor sporuri s-ar aplica doar pentru cei care la data intrării în vigoare a legii nu beneficiau de acel drept. În baza dispozițiilor art. 41 din Legea-cadru nr. 330/2009 a fost adoptată o nouă lege-cadru a salarizării: Legea-cadru nr. 284/2010 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice.

Astfel, în ceea ce privește salarizarea personalului plătit din fonduri publice în anul 2011, aceasta se face în temeiul Legii nr. 284/2010 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, care a intrat în vigoare la data de 01 ianuarie 2011, dată la care a fost abrogată legea anterioară de salarizare nr. 330/2009, precum și în baza Legii nr. 285/2010 privind salarizarea în anul 2011 a personalului plătit din fonduri publice.

La art. 1 alin. (2) din Legea nr. 285/2010 s-a prevăzut că „*începând cu 1 ianuarie 2011, quantumul sporurilor, indemnizațiilor, compensațiilor și al celorlalte elemente ale sistemului de salarizare care fac parte, potrivit legii, din salariul brut, solda lunară brută/salariul lunar brut, indemnizația brută de încadrare, astfel cum au fost acordate personalului plătit din fonduri publice pentru luna octombrie 2010, se majorează cu 15%, în măsura în care personalul își desfășoară activitatea în aceleași condiții*”, aceeași majorare efectuându-se și în ceea ce privește quantumul brut al salariilor funcției de bază, potrivit alin. (1), iar alin. (5) statuează că „*în salariul de bază,*

¹⁰ Curtea de Apel Iași, Decizia civilă nr. 434 din data de 13 februarie 2018, definitivă, nepublicată.

¹¹ Curtea de Apel Suceava, Decizia civilă nr. 2633 din data de 26 iunie 2018, definitivă, nepublicată.

¹² Tribunalul Olt, Sentința civilă nr. 541 din data de 16 mai 2007, definitivă prin nerecurare, nepublicată.

indemnizația lunară de încadrare, respectiv în solda funcției de bază/salariul funcției de bază aferente lunii octombrie 2010 sunt cuprinse sporurile, indemnizațiile, care potrivit Legii-cadru nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, cu modificările ulterioare, făceau parte din salariul de bază, din indemnizația de încadrare brută lunară, respectiv din solda/salariul funcției de bază, precum și sumele compensatorii cu caracter tranzitoriu, acordate potrivit O.U.G. nr. 1/2010 privind unele măsuri de reîncadrare în funcții a unor categorii de personal din sectorul bugetar și stabilirea salariilor acestora, precum și alte măsuri în domeniul bugetar, cu modificările ulterioare. Sporurile stabilite prin legi sau hotărâri ale Guvernului necuprinse în Legea-cadru nr. 330/2009, cu modificările ulterioare, și care au fost acordate în anul 2010 ca sume compensatorii cu caracter tranzitoriu sau, după caz, ca sporuri la data reîncadrării se introduc în salariul de bază, în indemnizația de încadrare brută lunară, respectiv în solda/salariul de funcție, fără ca prin acordarea lor să conducă la creșteri salariale, altele decât cele prevăzute de prezenta lege”.

Prin urmare, coroborând prevederile legale menționate supra, se reține că, odată cu intrarea în vigoare a legilor de salarizare unitară, sporul de fidelitate convenit funcționarilor publici nu a mai fost acordat ca și element salarial distinct, nefiind prevăzut de legislația în vigoare, fapt pentru care sumele aferente au fost „înghețate” la nivelul lunii decembrie 2009, fiind incluse în salariul funcției de bază. Aceasta deoarece toate drepturile salariale consacrate de legea-cadru (în special sporurile) au fost calculate și prevăzute în lege (ca procent) prin raportare la coeficientul de ierarhizare și valoarea de referință din legea-cadru. Reglementarea unui anumit drept salarial (spor) este strâns legată de modul de reglementare a bazei salariale la care se aplică acel spor.

Cu alte cuvinte, nu se poate admite aplicarea coeficienților și a valorii de referință cuprinse în vechea lege, dar cu aplicarea sporurilor prevăzute de legea nouă. S-ar cumula două reglementări legale succesive, fiecare cu altă concepție. (...)

În cauză, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 5 alin. (1¹) și alin. (1²) din O.U.G. nr. 83/2014 astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 71/2015, atât timp cât, în prezent, prevederile art. 6 din O.G. nr. 38/2003 care reglementa sporul de fidelitate au fost abrogate începând cu anul 2010, data intrării în vigoare a Legii-cadru nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice (...). Instanța reține că rațiunea adoptării O.U.G. nr. 83/2014 este aceea a înlăturării inechităților dintre salariați, însă aceasta nu poate constitui temei pentru acordarea unor sporuri abrogate în temeiul altor dispoziții legale”.

IV.3. Ne raliem acestei din urmă opinii, cu următoarele argumente de fapt și de drept:

Sporul de fidelitate **a fost introdus în coeficienții de ierarhizare ai salariilor funcției de bază/soldelor funcției de bază**, în cazul personalului beneficiar la data de 31.12.2009, potrivit pct.1 din Nota la anexa nr. IV/1A la Legea-cadru nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, **cuantumul respectiv fiind astfel „înghețat”** pentru personalul respectiv **fără posibilitatea ca acesta să mai poată face obiectul vreunei analize referitoare la modificarea/creșterea lui după data de 01.01.2010**, în condițiile în care temeiul legal al dreptului **a fost abrogat** prin Legea-cadru nr. 330/2009.

În speță, apare ca fiind litigioasă chestiunea îndreptățirii unor persoane reclamante la acordarea unei sume compensatorii tranzitorii reprezentând sporul de fidelitate convenit polițiștilor care au îndeplinit condițiile de vechime ulterior datei de 31.12.2009 și își desfășoară activitatea în aceleași condiții, specifice locului de muncă la data angajării sau promovării și având aceeași vechime cu cea a polițiștilor care la data de 31.12.2009 beneficiau de spor de fidelitate, începând cu data de 09.04.2015, data intrării în vigoare a Legii nr. 71/2015 privind aprobarea O.U.G. nr. 83/2014 privind salarizarea personalului plătit din fonduri publice în anul 2015, precum și alte măsuri în domeniul cheltuielilor publice.

Până la data de 31.12.2009, salarizarea polițiștilor s-a făcut în baza prevederilor O.G. nr. 38/2003 privind salarizarea și alte drepturi ale polițiștilor, act normativ care cuprinde mai multe sporuri, unele dintre acestea fără să se mai regăsească ca elemente distincte ale salarizării în acte normative ulterioare datei de 31 decembrie 2009.

Astfel, art. 6 din ordonanță statua că „*pentru activitatea desfășurată în instituțiile din sectorul de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, în calitate de militar, polițist, funcționar public și personal contractual, polițiștilor li se acordă un spor de fidelitate de până la 20% din salariul de bază, în condițiile stabilite prin ordin al ministrului de interne*”.

În aplicarea acestor dispoziții, au fost emise acte administrative cu caracter normativ care dispuneau că, în anul 2005, „*pentru activitatea desfășurată în instituțiile din sectorul de apărare națională, ordine publică și siguranță națională, în calitate de militar, polițist, funcționar public și personal contractual, beneficiază de un spor de fidelitate calculat la salariul de baza astfel:*

- *pentru o vechime de 5-10 ani, inclusiv, procentul este de 5%*
- *pentru o vechime de 10-15 ani, inclusiv, procentul este de 10%*
- *pentru o vechime de 15- 20 ani, inclusiv, procentul este de 15%*
- *pentru a vechime de peste 20 ani, procentul este de 20%.”.*

Sporul de fidelitate a fost inclus în coeficienții de ierarhizare prin Legea- cadru nr. 330 din 5 noiembrie 2009, apoi în salariul de bază, la data de 31 decembrie 2009, conform OG nr. 1/2010, fără să se mai regăsească în actele normative ulterioare privind salarizarea polițiștilor.

Prin Legea-cadru nr. 330 din 5 noiembrie 2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, s-a stabilit faptul că, începând cu 1 ianuarie 2010, „*sporurile, acordate prin legi sau hotărâri ale Guvernului, și, după caz, indemnizațiile de conducere, care potrivit legii făceau parte din salariul de bază, din soldele funcțiilor de bază, respectiv din indemnizațiile lunare de încadrare, prevăzute în notele din anexele la prezenta lege, se introduc în salariul de bază, în soldele funcțiilor de bază, respectiv în indemnizațiile lunare de încadrare*”, corespunzătoare funcțiilor din luna decembrie 2009, atât pentru personalul de execuție, cât și pentru funcțiile de conducere (art. 30 alin. 1). În anul 2010, personalul aflat în funcție la 31 decembrie 2009 și-a păstrat salariul avut, fără a fi afectat de măsurile de reducere a cheltuielilor de personal din luna decembrie 2009 (art. 30 alin. 5).

Conform pct. 1 din Nota la anexa nr. IV/1A la Legea-cadru nr. 330/2009, în coeficienții de ierarhizare minimi și maximi corespunzători salariilor funcțiilor de bază ai funcționarilor publici cu statut special, sunt cuprinse solda/salariul de merit, indemnizația de dispozitiv/sporul pentru misiune permanentă, sporul pentru păstrarea confidențialității în legătură cu informațiile clasificate și sporul de fidelitate.

Astfel, în aplicarea Legii nr. 330, potrivit art. 5 alineatul (1) litera a) din O.U.G nr. 1/2010, încă de la data de 1 ianuarie 2010, au fost incluse în salariul funcției de bază, elementele salariale enumerate la punctul 1, din nota invocată mai sus.

Ulterior, prin acte normative succesive care reglementează salarizarea personalului plătit din fonduri publice, sporul de fidelitate a fost menținut în salariul de funcție.

Începând cu data de 1 ianuarie 2011, potrivit dispozițiilor art. 1 alin. (5) din Legea nr. 285/2010 privind salarizarea în 2011 a personalului plătit din fonduri publice, „*în salariul de bază, indemnizația lunară de încadrare, respectiv în solda funcției de bază/ salariul funcție de bază aferente lunii octombrie 2010 sunt cuprinse sporurile, indemnizațiile care potrivit legii cadru 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice, cu modificările ulterioare, făceau parte din salariul de bază, din indemnizația de încadrare brută lunară, respectiv din solda/salariul funcției de bază, precum și sumele compensatorii cu caracter tranzitoriu.*

Sporurile stabilite prin legi sau hotărâri ale Guvernului necuprinse în Legea cadru numărul 330/2009, cu modificările ulterioare, și care au fost acordate în anul 2010 ca sume compensatorii cu caracter tranzitoriu sau, după caz, ca sporuri la data reîncadrării se introduc în salariul de bază, în indemnizația de încadrare brută lunară, respectiv în solda/salariu de funcție, fără ca prin acordarea lor să conducă la creșteri salariale, altele decât cele prevăzute de prezenta lege”.

La data intrării în vigoare a Legii nr. 330/2009, s-a abrogat, printre altele, O.G. nr. 38/2003 privind salarizarea și alte drepturi ale polițiștilor, aprobată cu modificări și completări prin Legea nr. 353/2003, cu modificările și completările ulterioare, cu excepția art. 1, 25, 29 alin. (2) și (3), art. 37, 38, 52, 55-58, pct. 1 al notei la anexa nr. 1, pct. 3 al anexei nr. 4, pct. 2 și 3 ale anexei nr. 5.

Prin prevederile art. 48 alin. 1 pct. 9 din Legea nr. 330/2009 au fost însă abrogate expres prevederile O.G. nr. 38/2003, alături de alte acte normative în materie de salarizare a personalului plătit din fonduri publice. Legea cadru nr. 330/2009 a fost abrogată și ea de Legea nr. 284/2010 prin art. 39 lit. w).

Potrivit art. 30 alin. (1-3) din Legea nr. 330/2009 privind salarizarea unitară a personalului plătit din fonduri publice „(1) *începând cu 1 ianuarie 2010, sporurile, acordate prin legi sau hotărâri ale Guvernului, și, după caz, indemnizațiile de conducere, care potrivit legii făceau parte din salariul de bază, din soldele funcțiilor de bază, respectiv din indemnizațiile lunare de încadrare, prevăzute în notele din anexele la prezenta lege, se introduc în salariul de bază, în soldele funcțiilor de bază, respectiv în indemnizațiile lunare de încadrare corespunzătoare funcțiilor din luna decembrie 2009, atât pentru personalul de execuție, cât și pentru funcțiile de conducere.*

(2) Sporurile specifice pe categorii de personal și domenii de activitate sunt cele prevăzute în cap. III și în anexele la prezenta lege. (3) Reîncadrarea personalului se face corespunzător tranșelor de vechime în muncă și pe funcțiile corespunzătoare categoriei, gradului și treptei profesionale avute în luna decembrie 2009”.

Totodată, art. 6 alin. (1) din O.U.G. nr. 1/2010 (în prezent abrogată) prevedea că „*în cazul în care drepturile salariale determinate în conformitate cu Legea-cadru nr. 330/2009 și cu prezenta ordonanță de urgență sunt mai mici decât cele stabilite prin legi sau hotărâri ale Guvernului pentru funcția respectivă pentru luna decembrie 2009 se acordă o sumă compensatorie cu caracter tranzitoriu care să acopere diferența, în măsura în care persoana își desfășoară activitatea în aceleași condiții. Această sumă se include în salariul de bază, solda/salariul funcției de bază sau indemnizația lunară de încadrare, după caz, dar nu este luată în calcul la determinarea altor drepturi de natură salarială care se stabilesc în funcție de acestea*”.

Așadar, începând cu data de 01 ianuarie 2010, sporul de fidelitate nu a mai fost acordat ca și element salarial distinct de salariul de bază, nemaifiind prevăzut de legislația în vigoare.

Acest cadru legal este cuprins și la pct. 45 din clarificările Ministerului Muncii și Justiției Sociale și ale Curții de Conturi publicate pe site-ul oficial al ministerului menționat – <http://www.mmuncii.ro/j33/images/Documente/MMJS/>

Comunicare/20180724_Clarificari_actualizate-Legea_cadru_153din2017.pdf – „salariul de funcție al funcționarilor publici cu statut special, nu poate fi mai mică decât nivelul salariului de bază minim brut pe țară garantat în plată”.

De menționat că, până în anul 2009 salariul pentru funcția îndeplinită era determinat pe baza unui coeficient de ierarhizare și a unei valori de referință sectoriale. Începând cu anul 2010, în baza Legii-cadru nr. 330/2009, **în salariile pentru funcția îndeplinită** au fost cuprinse salariul de merit, sporul pentru misiune permanentă, sporul pentru păstrarea confidențialității în legătură cu informațiile clasificate **și sporul de fidelitate, numai pentru personalul care a beneficiat de acestea**, în măsura în care își desfășura activitatea în aceleași condiții (pct. 1 al Notei din ANEXA IV/1A la Legea-cadru nr. 330/2009)”.

Astfel, cuantumul sporului de fidelitate **nu a fost acordat vreodată sub forma sumei compensatorii cu caracter tranzitoriu ci a fost introdus în coeficienții de ierarhizare ai salariilor funcției de bază/soldelor funcției de bază**, în cazul personalului beneficiar la data de 31.12.2009, potrivit pct. 1 din Nota la anexa nr. IV/1A la Legea-cadru nr. 330/2009.

V. Concluzii

Întrucât în spețele indicate se întrevide cristalizarea unor soluții jurisprudențiale contrare, susceptibile de interpretări diferite, apare necesară pronunțarea unor hotărâri prealabile de dezlegare a unor chestiuni de drept sau chiar a unui/unor recurs/recursuri în interesul legii care să clarifice aceste aspecte.

ROLUL JURISPRUDENȚEI EUROPENE ÎN MATERIE DE NEDISCRIMINARE

The Role of European Jurisprudence in Case of Non-discrimination

Dragoș Lucian RĂDULESCU*

Rezumat: *Internaționalizarea legii nu a condus numai la transpunerea în legislațiile statelor naționale a unor dispoziții de nediscriminare regăsite în cadrul dreptului european, dar și emiterea de interpretări ale jurisprudenței curților de justiție europene.*

Rolul jurisprudenței europene rezultă din contextul general în care analizarea raporturilor juridice dintre autori și victime necesită definirea unor concepte de nediscriminare neunitar introduse în legislațiile naționale, unele dintre acestea fiind excluse pe motive legate de aspecte de natură socială sau de politică internă a respectivelor state.

În acest context putem constata că elementele de jurisprudență europeană au un rol determinant în interpretarea de către instanțele naționale a statelor membre a eventualelor conduite discriminatorii, nu numai în cazul practicilor ce introduc o diferențiere a unor situații similare cu efect de restrângere sau înlăturare a recunoașterii, folosinței sau exercitării drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor, dar și referitoare la aplicarea acelorași drepturi în cazul unor situații diferite.

Articolul detaliază aspecte privind rolul jurisprudenței în interpretarea faptelor de discriminare, condițiile aplicabile, drepturile la acțiune a victimelor, precum și de raportare la prevederile legislației internaționale în materie.

Cuvinte-cheie: *discriminare, jurisprudență, criterii, instanțe europene.*

Abstract: *The internationalization of law has not only led to the transposition of some non-discrimination provisions from European law into national law, but also of the interpretations of case-law from the European Courts of Justice.*

The role of the European Courts' case-law can be inferred from the general context in which the analysis of legal relationships between perpetrators and victims requires the definition of non-discrimination concepts that were either not introduced in a similar manner into national law or they were excluded on the grounds of social or political issues in the respective States.

In this context, we can see that European case-law plays a decisive role in the interpretation of discriminatory conduct by national courts, not only in the case of practices which differentiate similar situations with the effect of restricting or abolishing the recognition, use or exercise of rights and fundamental freedoms of certain individuals, but also of the practices pertaining to the application of the same rights for those in different situations.

The article details issues concerning the role of case-law in the interpretation of discrimination acts, the applicable conditions, victims' rights to bring proceedings in court, as well as the possible reference to the provisions of the international legislation in the field.

Keywords: *discrimination, jurisprudence, criteria, European courts.*

Introducere

Nediscriminarea derivă din apariția unei stări de inegalitate juridică în special în cazul persoanelor aflate în situații comparabile, prin intermediul aplicării unor criterii de discriminare, de genul rasei, naționalității, etniei, religiei, orientării sexuale, fără existența unei justificări rezonabile și obiective a acestor practici, conduite nelegale necesar de a fi supuse analizei instanțelor de judecată competente.

În acest sens, accesul la căile de atac este recunoscut persoanelor ce se consideră supuse faptelor de discriminare directă sau indirectă, în condițiile în care astfel de conduite atrag excluderea drepturilor fundamentale ale persoanei.

În cadrul legislației naționale, cadrul juridic general¹ este reprezentat de O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, ce transpune norme de nediscriminare prevăzute în Directiva Consiliului 2002/73/EC în privința discriminării directe și a Directivei Consiliului 2002/73/EC raportat la discriminarea indirectă, prin intermediul recunoașterii unor criterii protejate nelimitative raportate la faptele de deosebire, excludere, restricție sau preferință, vizând orice domenii ale vieții publice.

Analizarea principiului tratamentului egal va fi legată astfel de definirea conceptelor de nediscriminare² și egalitate, atât în cadrul sistemelor legislative naționale cât și europene, prin instituirea unor practici unitare și de

* Lector dr., Universitatea Petrol-Gaze din Ploiești; e-mail: dragosradulescu@hotmail.com.

¹ A. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 59.

² M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1976, p. 37.

coordonare a normelor în materie, inclusiv în sens de instituire a unor drepturi egale privind raporturile de muncă³ din perspectiva raporturilor juridice angajat angajator.

Sub acest aspect, putem aprecia că rolul reglementărilor europene în materia raporturilor juridice de muncă este esențial pentru statele membre, regulile de jurisprudență nu de puține ori completând normele ce au ca obiect protecția împotriva discriminării, în contextul recunoașterii unor principii generale aplicabile.

Deși conceptul de egalitate ce fundamentează nediscriminarea are un caracter general de principiu, acesta este interpretat uneori diferit în cadrul sistemelor jurisdicțiilor naționale, instanțele statelor naționale având o apreciere neunitară în litigiile ce au ca obiect existența sau absența discriminării. Desigur că interpretarea diferențiată a instanțelor de judecată va conduce la apariția unei practici neunitare, realizarea convergenței în materie rezultând din răspunsurile la întrebările preliminare transmise instituțiilor europene abilitate de genul CJUE.

Practic, neuniformitatea conceptuală în privința conceptului de egalitate influențează aplicarea normelor de nediscriminare, instanțele naționale interpretând uneori într-o manieră proprie inegalitatea, în condițiile naturii abstracte a respectivului concept. Astfel, maniera neunitară de interpretare a instituțiilor statelor membre, ce se regăsesc în postura de a proceda la adresarea de întrebări preliminare vizând domeniul de aplicare a principiului egalității, fundamentând astfel rolul jurisprudenței europene, în condițiile în care directivele europene conțin în special scopuri generale nedefinind principiul egalității, aspect ce ar permite extinderea sau restrângerea conceptului în funcțiile de propriile interese ale statelor implicate.

Se poate spune că, exceptând C.J.U.E. ce a procedat la recunoașterea principiului de nediscriminare, de exemplu pe criteriul de naționalitate⁴, celelalte jurisdicții au acționat în mod diferit⁵, legislația europeană conținând doar criterii de evidențiere a discriminării ce instituiau o aplicare arbitrară de către state.

Relația existentă între dreptul european și național al statelor membre⁶ determină interpretări diferite a instanțelor naționale în litigii a normelor specifice de nediscriminare, ceea ce impune curților europene de justiție atributul compatibilizării⁷ acestora și a eliminării aplicării unor standarde naționale în raporturile juridice de muncă. Trebuie să avem în vedere și faptul că raportat la egalitate instanțele europene se bucură de supremație în interpretare comparativ cu cele ale statelor naționale, existând un efect de transfer al deciziilor emise în principal la nivel național dar și între instanțele naționale.

Sub acest aspect, de exemplu în privința criteriului de rasă, putem constata că respectivul concept nu este acceptat în anumite state, în Franța fiind utilizat termenul de etnie, aceasta conducând la dificultăți de calificare a respectivului criteriu și implicit de interpretare a scopului normelor de nediscriminare.

Jurisprudența CJUE

Cadrul de reglementare european privește normele Tratatului de la Roma, a tratatelor de la Maastricht și Lisabona⁸ ca acte juridice modificatoare, de instituire a unor instituții proprii fundamentate pe transferul de competențe de la nivelul statelor naționale. Efectul normelor europene se regăsește prin instituirea principiului primatului dreptului european față de legislațiile naționale a statelor membre, dar și prin recunoașterea de atribuții specifice în materie de nediscriminare curților internaționale de justiție.

În acest sens, domeniul dreptului muncii a permis influența legislației și jurisprudenței europene în procesul de armonizare a normelor de nediscriminare, de exemplu în materie de migrație și egalitate de gen rolul jurisprudenței C.J.U.E. fiind determinant. Desigur că, dispozițiile de nediscriminare ale art. 13 din Tratatul de la Amsterdam au condus la emiterea ulterioară a directivelor europene⁹ în materie din anul 2000, ce instituiau criteriile protejate ale rasei, religiei, handicapului, orientării sexuale și vârstei.

Practic, mecanismele principale de asigurare a protecției împotriva discriminării, de exemplu a criteriului naționalității sau de gen au evoluat sub influența jurisprudenței C.J.U.E, fundamentând interpretarea celorlalte criterii aplicabile.

³ J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, 24 éd., Dalloz, 2008, no. 6, p. 5.

⁴ C.J.C.E. 28 noiembrie 1989, Anita Groener împotriva ministrului educației și a Comisiei pentru formarea profesională a orașului Dublin, C-379/87.

⁵ C.J.C.E. 15 septembrie 2005, Oficiul Național pentru Ocuparea Forței de Muncă v. Ioannis Ioannidis, af. C-258/04.

⁶ J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Introduction au droit européen*, P.U.F., coll. Thémis droit, Paris 2008, n° 670, p. 489.

⁷ M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, D. 2006, p. 951.

⁸ Tratatul de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene, semnat la Lisabona la 13 decembrie 2007.

⁹ Conform Directivei europene 2000/43/CE privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între persoane, fără deosebire de rasă sau origine etnică, Directivei europene 2000/78/CE a Consiliului de stabilire a unui cadru general pentru egalitatea de tratament în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă, precum și Directivei 2006/54/CE privind punerea în aplicare a principiului egalității de tratament între bărbați și femei în ceea ce privește încadrarea în muncă și ocuparea forței de muncă.

Astfel, din punct de vedere al raporturilor juridice de muncă, deși inițial Uniunea Europeană a fost percepută ca o necesitate pur economică, sfera politică a determinat condiția nediscriminării¹⁰ pe criteriul naționalității, paralelismul între drepturile economice și sociale fiind ulterior asigurat prin intermediul jurisprudenței CJUE.

Astfel, anumite obiective sociale au fost considerate ca legale și justificate de către CJUE¹¹ cu raportare la interesele salariaților sau angajatorilor, cum ar fi recompensele de natură salarială în scop de stimulare a salariaților de a-și îndeplini atribuțiile de serviciu¹². În cauza Andersen, CJUE a apreciat că acordarea indemnizației de concediere este justificată de facilitarea tranziției salariaților către alte locuri de muncă, însă neacordarea acesteia salariaților în cazul ieșirii la pensie va fi de asemenea justificată de neînstituirea unui mecanism dublu de compensație la care ar fi obligat angajatorul¹³.

În Hotărârea Comisia/Ungaria, CJUE a analizat cazul justificării obiective în privința dispozițiilor privind reducerii vârstei obligatorii de pensionare a judecătorilor, procurorilor și notarilor, raportat la necesitatea egalizării vârstei obligatorii de pensionare a profesiiilor din serviciului public¹⁴, considerându-se că nu s-a probat că această tranziție definea obiectivul preconizat.

Raportat la justificarea obiectivă CJUE a respins susținerile de aplicare a dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE în cazul Prigge referitor la obiectivul siguranței traficului aerian, pe motive de vârstei și siguranță publică¹⁵. Pe de altă parte, în cauza Hennigs, Curtea nu a considerat că reprezintă justificare obiectivă susținerea de acordare de salarii mai mari salariaților în vârstă comparativ cu tinerii, deoarece nevoile sociale justificate în cazul primilor existau și în cazul celorlalți ce puteau avea sarcini familiale¹⁶.

În privința principiului proporționalității în aplicarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE, în cauza Mangold CJUE a apreciat că aplicarea unei norme speciale interne a legii statului german ce viza încheierea¹⁷ de contracte pe durată determinată pentru salariații cu vârsta peste 52 de ani, motivat de echilibrarea pieței muncii, constituia o acțiune discriminatorie a unui grup de persoane ce urmau să fie excluse de la un loc de muncă stabil, neexistând o conciliere între principiul egalității și scopul urmărit¹⁸. Aceasta a fost și interpretarea curții în cauza Andersen CJUE referitoare la cerințele angajatorului ce erau nejustificate, depășind eventualele obiective de politică socială¹⁹.

De asemenea, în cauza Rosenblatt, Curtea a interpretat justificarea obiectivă prin raportare la contextul său juridic, analizând efectele produse asupra persoanelor și societății²⁰. În cauza Palacios, Curtea a interpretat că nu există o cerință nejustificată raportat la încetarea de drept a unui contract individual de muncă la împlinirea vârstei limite de pensionare, chiar dacă scopul urmărit era legat de politica ocupării forței de muncă²¹.

În cauza Andersen legislația daneză impunea salariaților o vechime mai mare de 12 ani într-o societate pentru ca aceștia să obțină dreptul la o indemnizație de concediere, fiind exceptați cei cu drept la pensie care nu puteau opta între aceasta și o eventuală indemnizație, dacă doreau să lucreze în continuare²². Interpretarea cauzei justificate prin jurisprudență a fost regăsită și în cauza Comisia / Ungaria cu raportare la scăderea vârstei de pensionare a judecătorilor, procurorilor și notarilor de la 70 la 62 de ani, aplicabilă pe un termen de un an, ce ar fi presupus egalizarea vârstelor de pensionare.

Putem însă constata că interpretarea dispozițiilor art. 6 alin. (1) din Directiva 2000/78/CE de către CJUE în sens de garantare a proporționalității nu a exclus complet rolul instanțelor naționale în aplicarea normelor de nediscriminare²³.

Cazul jurisprudenței CEDO

Jurisprudența CEDO implică completarea efectelor normelor de nediscriminare, ca element de regionalizare a dreptului la nivelul Uniunii Europene, în aplicarea dispozițiilor Convenției Europene a Drepturilor Omului.

Practic CEDO are atribuții de consolidare a regimului juridic privind egalitatea impus de Uniunea Europeană, inclusiv în cadrul raporturilor juridice de muncă. Nediscriminarea este astfel regăsită în art. 14 al Convenției Europene

¹⁰ Eliminarea discriminărilor pe criteriul de naționalitate între lucrătorii statelor membre în ceea ce privește încadrarea în muncă, remunerarea și alte condiții de muncă.

¹¹ Tăbușcă S., *Efectele hotărârilor CEDO și CJUE în dreptul intern. Analiză asupra dreptului la nediscriminare*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 58.

¹² Cauzele C-88/08, Hütter, paragraful 47; I Cauzele C-297/10; I C-298/10, Hennigs, paragraful 72.

¹³ Cauzele C-499/08, Andersen [2010] ECR I-9343, paragraf 27-29, Odar Case C-152/11, paragraful 44.

¹⁴ Cauza C-286/12, Commission v. Hungary, paragraf 59 și 61.

¹⁵ Cauza C-447/09, Prigge, paragraful 58 și 82.

¹⁶ Cauza C-297/10 și C-298/10, Hennigs, paragraful 70.

¹⁷ Cauza C-144/04, Mangold, punctul 14.

¹⁸ Cauza C-144/04, Mangold, paragraf 59-65.

¹⁹ Cauza C-499/08, Andersen, paragraful 47.

²⁰ Cauza C-45/09, Rosenblatt, paragraful 73 și Cauza C-286/12, Comisia v. Ungaria, paragraful 66.

²¹ Cauza C-411/05, Palacios de la Villa, paragraful 73-75.

²² Cauza C-499/08, Andersen, paragraful 45-47.

²³ Cauzele C-388/07, C-341/08, Petersen, C-250/09, C-250/09 și C-268/09, Georgiev.

a Drepturilor Omului²⁴, în condițiile în care mecanismul de transfer al puterii către organele suprastatale edifică rolul Curții²⁵ Europene a Drepturilor Omului.

Aplicarea Convenției în relațiile de muncă recunoaște existența unor raporturi private ce se desfășoară la nivelul statelor membre între angajați și angajatori, în sensul instituirii unui regim universal de protecție.

Ca urmare, dispozițiile articolului 14 din Convenție indică criteriile protejate, de genul sexului, rasei, culorii, religiei, vizând numai drepturile și libertățile garantate de Convenție, ceea ce permite jurisprudenței CEDO interpretarea aplicării normelor de nediscriminare, atât în privința relațiilor între angajați și angajatori privați, cât și atunci când statul are calitatea de angajator.

Pe de altă parte, interpretarea Convenției permite acceptarea unor diferențieri²⁶ de tratament, permițând așa numitele inegalități nediscriminatorii, în condițiile identificării unor scopuri legitime sau a unor relații de proporționalitate între mijloacele utilizate și obiectivele urmărite.

În acest sens, CEDO în cauza Thlimmenos a analizat o potențială diferență de tratament rezultată din încălcarea art. 5, 9 și 14 din Convenție, raportat la încălcarea anterioară de către reclamant a obligațiilor sale militare motivat de existența unor convingeri personale religioase, fapt ce ulterior a condus la neacceptarea sa pe un post, deși a trecut examenul de stat de contabil autorizat, în considerarea existenței unei condamnări penale anterioare.

Curtea a apreciat că în cauză nu exista un scop justificat și rezonabil, respectiv o lipsă de capacitate de a-și exercita profesia, ceea ce nu conducea la posibilitatea de aplicarea a unui tratament diferențiat persoanelor condamnate pentru obiecții de conștiință, nefiind identificată nici o înclinație spre nerespectarea deontologiei respectivei funcții și nici un regim de proporționalitate între mijloacele utilizate și scopul urmărit²⁷.

În cazul Sidabras și Dziautas²⁸, pe de altă parte, obiectul consta în respingerea la angajare a unor foști membri ai KGB în serviciul public, pe motive de siguranță națională, jurisprudența CEDO însă considerând absența proporționalității între scopul urmărit și această limitare, pe considerentul inexistenței unor condiții de nerecrutare a unor foști membri ai respectivului serviciu.

Însă, deși jurisprudența CEDO a fost considerată esențială în privința evoluției normelor de nediscriminare, putem constata că întotdeauna aceasta a interpretat esența respectivelor principii, în special al aplicării articolului 14 din Convenție, situație reliefată de analizarea cazurilor de discriminare ale cetățenilor bulgari²⁹ de etnie romă.

În aceste cazuri, victimelor condamnate în statul Bulgar le erau aplicabile dispozițiile de nediscriminare din art. 14 din Convenție³⁰, aspect respins de CEDO ce a interpretat în sensul recunoașterii dispozițiilor art. 2 și 3, refuzând să recunoască astfel caracterul evident rasist al conduitelor implicate. Astfel, în cazul Anguelova v. Bulgaria Curtea a considerat că discriminarea impune existența unor acte dincolo de orice îndoială rezonabilă, neidentificate în cauză, însă în cazul Natchova și alții v. Bulgaria interpretarea situație similară a fost total opusă, recunoscând de această dată rasismul ofițerilor³¹ de poliție bulgari. Se pare că schimbarea manierei de interpretare³² a Curții a derivat din apariția unor critici, aceasta considerând ulterior că se poate naște prezumția discriminării chiar și atunci când o anumită conduită nu vizează aparent diferențierea unui grup dezavantajat.

Concluzii

Diferențierea de reglementare între statele naționale rezultă inclusiv din mecanismul de introducere a criteriilor de nediscriminare, acestea fiind prevăzute ca nelimitative în legislația națională și limitativ în cadrul directivelor europene, aspect ce influențează instanțele de judecată în procesul de analizare a discriminării prin raportare la situația de fapt, determinând astfel o practică neunitară.

Putem aprecia că, deși este acceptată posibilitatea instanțelor de judecată naționale a statelor membre de a analiza diferențele de tratament din perspectiva nediscriminării, această adevărată marjă de apreciere lăsată statelor³³ conduce la riscul de apariție a unor interpretări neunitare fundamentate pe circumstanțe apreciate subiectiv, în contextul în care dreptul european³⁴ nu a reușit să impună încă un context general acceptat.

²⁴ L.M. Muscalu, *Discriminarea în relațiile de muncă*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 109.

²⁵ Inițial respectarea Convenției a fost încredințată Comitetului Miniștrilor, Comisiei ca organism de investigație și de conciliere și Curții ca organism judiciar de luare a deciziilor, iar după încheierea Protocolului nr. 11/1994 Curtea Europeană a Drepturilor Omului a înlocuit respectivele organisme.

²⁶ Este considerată discriminare numai conduita angajatorului ce are ca efect o diferențiere în lipsa unei justificări obiective și rezonabile, acțiunile acestuia fiind neproporționale cu mijloacele.

²⁷ M.-A. Eissen, *Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, în *La Convention européenne des droits de l'homme*, Pettiti et al., Bruylant, 1999, p. 71.

²⁸ Cazul CEDO, *Sidabras și Dziautas v. Lithuania* din 27 iulie 2004.

²⁹ Cazurile CEDO, *Assenov și alții v. Turcia* din 28 octombrie 1998, *Velikova v. Bulgaria* din 18 mai 2000, *Anguelova v. Bulgaria* din 13 iunie 2002.

³⁰ Articolul 2 se referă la dreptul la viață și la articolul 3 la interzicerea torturii.

³¹ Polițiștii sunt rareori interogați pentru conduita lor rasistă.

³² Cazul CEDO, *McShane v. Marea Britanie* din 28 mai 2002.

³³ Nu există hotărâri care să conțină liste exhaustive a criteriilor din nucleul dur, ceea ce permite completarea permanentă a acestora.

³⁴ J. Schokkenbroek, *The prohibition of discrimination in Article 14 of the Convention and the margin of Appreciation*, Human Rights Law Journal 1998, vol. 19 no. 1, p. 20.

Practic, rolul jurisprudenței constă în introducerea unui mecanism de limitare a menținerii unor interpretări contrare principiului egalității la nivelul statelor membre, chiar și în cazul identificării unor tendințe asemănătoare de apreciere și acceptare în cazul diverselor statelor implicate, în paralel cu menținerea și a contextului drepturilor naționale.

În acest sens, nu putem să eliminăm necesitatea existenței unei condiționări impuse statelor membre, de exemplu prin intermediul jurisprudenței CEDO emise în interpretarea normelor Convenției, în special în privința drepturilor și principiilor considerate intangibile ce nu pot face obiectul negocierii sau interpretărilor naționale. Sub acest aspect, un număr de criterii protejate pot fi considerate esențiale în domeniul nediscriminării, de genul rasei, etniei sau religiei, acestea generând apariția unor adevărate reguli de jurisprudență legate de aplicarea fără excepție a dispozițiilor art. 14 din Convenție.

Practic, orice conduită nelegală ce ar produce un efect discriminatoriu ar determina în mod real o restrângere a modalităților de interpretare contrară a instanțelor statelor membre, prin intermediul includerii sau acceptării unor alte criteriile naționale considerate tradiționale.

În acest sens, putem intui rolul instanțelor europene, respectiv al jurisprudenței în materie de nediscriminare, ce a permis extinderea protecției la alte drepturi fundamentale, motivat de considerarea anumitor criterii protejate ca fiind neinterpretabile într-un domeniu contrar egalității. Astfel, aplicarea unui regim juridic specific nediscriminării determină de drept nașterea prezumției existenței unor conduite nepermise, în cazul nemotivării obiective a diferențierilor ce vizează aspectele referitoare la sex³⁵, culoare, limbă, religie, opinii politice³⁶, origine națională, apartenență la minoritate, avere etc.

Pe de altă parte, rolul Curților europene³⁷ nu include și un mecanism direct de obligare a statelor membre de preluare în propria legislație a normelor europene de nediscriminare, fiind perceput ca element de analiză a complementarității între normele naționale și standarde ce se regăsesc în reglementările europene specifice aplicabile în materie. Practic, mecanismul oferit jurisprudenței europene constă în posibilitatea de introducere a unor distincții și interpretări ce vor avea ca efecte ulterioare impunerea unor elemente concludente identificării criteriilor și faptelor de discriminare, cu acceptarea unor anumite flexibilități în aprecierea permisă instanțelor naționale ale statelor membre. Desigur că acest mecanism va afecta inclusiv modalitățile de analiză a conduitelor³⁸ potențiale ale angajatorilor în relațiile cu proprii angajați, precum și cazurile de justificare obiectivă acceptate.

Se naște un adevărat atribut al Curților europene de a aplica un mecanism strict de control prin intermediul jurisprudenței, în special în cazul interpretării criteriilor protejate considerate esențiale, limitând astfel posibilității statelor membre de a aprecia normativ discriminarea cu negarantarea respectării principiului egalității de tratament. Cu toate acestea, de exemplu CEDO nu interzice statelor membre introducerea în mod consecvent a unor tratamente mai favorabil anumitor persoane, dacă acestea sunt în mod real dezavantajate, cu sancționarea numai a conduitelor ce au ca efect final reducerea regimului general de protecție.

Ca urmare, putem aprecia rolul jurisprudenței europene în emiterea de interpretări în materie de discriminare, intervenția dinamică, precum și implicarea activă în controlul unor zone ce păreau distincte de competența lor, aspecte ce au condus în final o evoluție a aplicării normelor specifice și de implementare a politicilor speciale în materie.

³⁵ F. Sudre, *Chronique du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, J.C.P. 2002.I.157, p. 1456.

³⁶ E. Decaux et P. Tavernier, *Le labyrinthe des droits fondamentaux*, Dr. Soc. 1999, p. 215.

³⁷ Soluțiile jurisprudenței pot fi contradictorii, în condițiile diferențelor regăsite la fiecare litigiu, acestea reprezentând însă oportunități a unor soluții viitoare inovatoare.

³⁸ Devine limitată posibilitatea statelor membre de a aplica norme de nediscriminare și de a emite hotărâri arbitrare.

SCURT EXAMEN (PARȚIAL CRITIC) ASUPRA JURISPRUDENȚEI ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE – COMPLETURI PENTRU DEZLEGAREA UNOR CHESTIUNI DE DREPT ÎN MATERIA EXECUTĂRII SILITE

Brief Examination (Partially Critic) on Jurisprudence of High Court of Cassation and Justice – Panels for Solving of Right Matters in The Matter of Enforcement Proceedings

Nicolae-Horia ȚIȚ*

Rezumat: *Articolul analizează soluțiile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție – completuri pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materia executării silite, publicate în Monitorul Oficial până la data de 15 martie 2019. Sunt avute în vedere doar deciziile prin care au fost admise sesizările formulate de instanțe în acest sens. Astfel, sunt analizate probleme de executare silită referitoare la competența organului de executare, calificarea cheltuielilor de judecată drept obligație principală în titlul executoriu și posibilitatea actualizării acestora în cadrul executării silite, caracterul executoriu al contractului de ipotecă, investirea cu formulă executorie a biletului la ordin, reprezentarea convențională a persoanei juridice pentru formularea cererii de executare silită, efectele declarării ca neconstituționale a dispozițiilor art. 666 alin. (2) C. pr. civ., în forma anterioară modificării prin O.U.G. nr. 1/2016, sumele care pot face obiectul popririi, procedura executării silite a obligațiilor de a face sau de a nu face cu caracter intuitu personae.*

Cuvinte-cheie: *dezlegarea chestiunilor de drept, executare silită, executor judecătoresc, creanță, titlu executoriu.*

Abstract: *The article looks into the judgments rendered by the High Court of Cassation and Justice – panels for the resolution of points of law in the matter of enforcement, which are published in the Official Gazette until 15 March, 2019. In this respect, solely the judgments admitting the referrals made by the courts are taken into consideration. Thus, enforcement issues regarding the competence of the enforcement body, the classification of court charges as primary obligation in the enforcement title and the possibility to update such charges in the context of enforcement, the enforceability of the mortgage agreement, the enforcement rendering of the promissory note, the conventional representation of the legal entity for filing the enforcement request, the effects of deeming as unconstitutional the provisions of art. 666 para. (2) of the Civil Procedure Code, in the form prior to the amendments brought by G.E.O. no. 1/2016, the amounts that may be subject to garnishment, the enforcement procedure of the obligations to do or refrain from doing that are intuitu personae.*

Keywords: *resolution of points of law, enforcement, bailiff, claim, enforceable title.*

1. Introducere

Procedura reglementată de dispozițiile art. 519-521 C. pr. civ. își dovedește eficiența în asigurarea unei interpretări și aplicări uniforme a normelor de drept, contribuind, în acest fel, la asigurarea garanțiilor dreptului la un proces echitabil, precum și a stabilității circuitului civil, lucru dovedit și de numărul crescând de sesizări transmise de instanțele judecătorești către Înalta Curte de Casație și Justiție în temeiul art. 519 C. pr. civ. (în materie civilă: 3 sesizări prelabile în anul 2013, 17 sesizări prelabile în anul 2014, 38 sesizări prelabile în anul 2015, 70 sesizări prelabile în anul 2016, 76 sesizări prelabile în anul 2017, 69 sesizări prelabile în anul 2018)¹.

În paginile următoare vom încerca să facem o prezentare succintă a soluțiilor date de Înalta Curte de Casație și Justiție cu privire la chestiuni referitoare la executarea silită, referindu-ne doar la acele decizii prin care au fost admise sesizările pentru pronunțarea unei hotărâri prelabile și care au fost publicate în Monitorul Oficial până la data de referință, respectiv 15 martie 2019, cu privire la dispoziții cuprinse în noul Cod de procedură civilă. În scopul analizei, vom face o prezentare succintă a argumentelor avute în vedere de Înalta Curte pentru pronunțarea soluției, cu indicarea, acolo unde vom considera necesar, a eventualelor critici care ar putea fi formulate în legătură cu aceste argumente.

* Lector univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept, horia.tit@gmail.com.

¹ Conform datelor publicate pe pagina: <http://www.scj.ro/695/Dosare-sesizari-prelabile> (accesată la data de 12.03.2019).

2. Competența organului de executare în cazul în care se pune în executare o hotărâre judecătorească privind creanțe bugetare datorate de debitor în temeiul unor raporturi juridice contractuale care se fac venit la bugetul consolidat al statului

Prin Decizia nr. 66/2017², Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a decis că „Executarea silită a titlurilor executorii – hotărâri judecătorești privind creanțe bugetare, datorate în temeiul unor raporturi juridice contractuale care se fac venit la bugetul consolidat al statului, se realizează prin executori fiscali, ca organe de executare silită ale statului”.

Dezlegarea are în vedere dispozițiile art. 623 C. pr. civ., potrivit cu care „executarea silită a oricărui titlu executoriu, cu excepția celor care au ca obiect venituri datorate bugetului general consolidat sau bugetului Uniunii Europene și bugetului Comunității Europene a Energiei Atomice, se realizează numai de către executorul judecătoresc, chiar dacă prin legi speciale se dispune altfel”³. Textul de lege a fost interpretat prin raportare la dispozițiile art. 220 alin. (3) și (5) și art. 226 alin. (3) din Legea nr. 207/2015 privind Codul de procedură fiscală⁴, la dispozițiile art. 3 alin. (1) din Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale⁵ și art. 3 pct. 18 din Legea nr. 69/2010 a responsabilității fiscal-bugetare⁶.

Pornind de la dispozițiile art. 623 C. pr. civ., care stabilește o plenitudine de competență a executorului judecătoresc ca organ de executare, însă stabilește și o serie de excepții în acest sens, Înalta Curte de Casație și Justiție își întemeiază dezlegarea dată problemei de drept pe argumentul că textul de lege instituie aceste excepții prin raportare nu la izvorul creanței executate, ci la caracterul bugetar al acesteia, respectiv la faptul că, indiferent de izvor, odată ce sumele recuperate de la debitor se fac venit la bugetul consolidat al statului, acestea se încadrează în situațiile exceptate de art. 623 C. pr. civ. Astfel, în motivarea deciziei se operează distincția între creanța fiscală și creanța bugetară, reținându-se că, sub aspectul regimului juridic, pot exista diferențieri (creanțele rezultate din raporturi contractuale vor fi supuse regimului juridic de drept comun), mai puțin însă în ceea ce privește recuperarea în cadrul unei proceduri execuționale (par. 68-69 din Decizie). Se au în vedere, în acest sens, atât dispozițiile art. 220 alin. (3) din Codul de procedură fiscală („creanțele bugetare care, potrivit legii, se administrează de autoritățile sau instituțiile publice, inclusiv cele reprezentând venituri proprii, se pot executa prin executori fiscali organizați în compartimente de specialitate, aceștia fiind abilitați să ducă la îndeplinire măsurile asigurătorii și să efectueze procedura de executare silită, potrivit prevederilor prezentului cod”) (par. 56 din Decizie), cât și cele ale art. 623 C. pr. civ., care, așa cum am arătat, stabilește drept criteriu în funcție de care sunt exceptate de la competența generală a executorilor judecătorești anumite creanțe caracterul bugetar al acestora (par. 50 și 70 din Decizie). Înalta Curte reține că această repartizare a competențelor constituie o opțiune a legiuitorului, pe care acesta o poate raporta la anumite situații speciale, în speță, aceasta fiind determinată de necesitatea ocrotirii unui interes general (protejarea eficientă a creanțelor statului și recuperarea cu prioritate a acestora) (par. 71-72 din Decizie).

Raportat la aceste argumente, Înalta Curte conchide că prin instituirea acestui regim juridic nu este încălcat principiul egalității, situații juridice diferite impunând un tratament diferit (par. 73 din Decizie)⁷.

Dezlegarea dată chestiunii de drept prezintă importanță practică, urmând ca instanțele de executare să facă aplicarea Deciziei nr. 66/2017 în procedura de încuviințare a executării silite; astfel, în ipoteza în care executorul judecătoresc ar fi sesizat cu o cerere de executare silită în vedere recuperării unei creanțe bugetare, stabilită prin hotărâre judecătorească, datorată de debitor în temeiul unor raporturi contractuale, instanța de executare va respinge cererea de încuviințare a executării în temeiul art. 666 alin. (5) pct. 1 C. pr. civ. („cererea de executare silită este de

² Publicată în M. Of. nr. 969 din 7 decembrie 2017.

³ Dispoziții similare se regăsesc și la art. 1 alin. (1) din Legea nr. 188/2000 privind executorii judecătorești.

Pentru interpretarea art. 623 C. pr. civ., a se vedea Oprina E., Gârbuleț I., *Tratat teoretic și practic de executare silită, Vol. I. Teoria generală și procedurile execuționale*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, pp. 106-107; Gavriș D. M., *Comentariu la art. 623 C. pr. civ.*, în Boroi G. (coordonator), *Noul Cod de procedură civilă. Comentariu pe articole. Vol. II. Art. 456-1134*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2016, pp. 350-353; Nicolae M., *Comentariu la art. 623 C. pr. civ.*, în Ciobanu V. M., Nicolae M., *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat, Vol. II – art. 527-1134*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 313-315; Dinu M., Stanciu R., *Executarea silită în Codul de procedură civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2017, pp. 10-13; Frențiu G.C., Bâldean D.-L., *Noul Cod de procedură civilă comentat și adnotat*, Ed. Hamangiu, București, 2013, pp. 956-958; Țiț N.-H., *Executarea silită. Partea generală*, Ed. Hamangiu, București, 2016, pp. 9-11.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 547 din 23 iulie 2015.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 618 din 18 iulie 2006.

⁶ Republicată în M. Of. nr. 330 din 14 mai 2015.

⁷ În legătură cu principiul egalității, se face trimitere la Decizia nr. 942/2008 a Curții Constituționale (publicată în M. Of. nr. 716 din 22 octombrie 2008), prin care a fost respinsă excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 136 alin. (6) din O.G. nr. 92/2003 privind Codul de procedură fiscală, respectiv la Decizia nr. 6 din 14 mai 2012 a Înaltei Curți de Casație și Justiție (publicată în M. Of. nr. 411 din 20 iunie 2012), prin care a fost admis recursul în interesul legii și s-a stabilit că „În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, raportat la art. 136 alin. (6) din Codul de procedură fiscală, executarea hotărârilor judecătorești de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere în condițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006, se va efectua, în cazul concursului dintre creditorii fiscali și ceilalți creditorii ai debitorului, potrivit Codului de procedură fiscală”. În doctrină a fost exprimată și o opinie contrară, conform căreia menținerea organelor de executare fiscală contravine, în mod flagrant, principiului preeminenței dreptului (*the Rule of Law*)” (a se vedea, M. Nicolae, *Comentariu la art. 623 C. pr. civ., loc. cit.*, p. 315, nota de subsol nr. 4).

competența altui organ de executare decât cel sesizat”⁸). În acest scop, instanța de executare va trebui să aibă în vedere nu doar dispozitivul hotărârii în temeiul căreia a fost formulată cererea de executare, dar și considerentele acesteia, pentru a se stabili dacă respectiva creanță se încadrează în categoria celor bugetare. Relevanță prezintă, sub acest aspect, așa cum am arătat, nu izvorul creanței (care, în speță, este unul contractual), ci faptul că respectivele sume se fac venit la bugetul unității administrativ teritoriale, parte a bugetului general consolidat⁹.

3. Calificarea cheltuielilor de judecată drept obligație principală în titlul executoriu și posibilitatea actualizării acestora în cadrul executării silite

Prin Decizia nr. 34/2015¹⁰, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că, în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 628 alin. (3) C. pr. civ., „cheltuielile de judecată se circumscriu noțiunii de obligație principală în titlul executoriu și pot fi supuse actualizării în cadrul executării silite”.

Înalta Curte de Casație și Justiție are în vedere, pe de o parte, calificarea cererilor de acordarea a cheltuielilor de judecată drept cereri accesorii (în ipoteza în care sunt formulate în cadrul procesului care a generat respectivele cheltuieli), pornind de la clasificarea operată de art. 30 C. pr. civ. (par. 24 și 32 din Decizie), pe de altă parte, determinarea naturii obligației de plată a cheltuielilor de judecată, conținută în cererea accesorie formulată în acest sens (par. 34 din Decizie). Sub acest aspect, se reține ca argument decisiv de către instanța supremă că problema accesorialității unei cereri constituie o chestiune de natură procesuală, în timp ce ceea ce determină naturii obligației de plată este una de drept material (par. 30-31 din Decizie). Obligațiile accesorii au un caracter dependent, pe toată perioada existenței lor, față de obligația principală, fiind dat, în acest sens, chiar exemplul dobânzilor și penalităților la care se referă art. 628 C. pr. civ. (par. 38 din Decizie)¹¹.

În cazul cheltuielilor de judecată, indiferent de calea pe care ar fi acestea solicitate, obligația este distinctă de obligația ce face obiectul raportului juridic dedus judecătii; izvorul obligației de plată a cheltuielilor de judecată este diferit de cel al obligației pe care se întemeiază cererea introductivă de instanță și constă tocmai în culpa procesuală a celui căzut în pretenții. Prin urmare, obligația de plată a cheltuielilor de judecată are un caracter autonom; odată ce hotărârea prin care sunt stabilite cheltuielile de judecată devine definitivă¹², creanța reprezentată de acestea poate fi pusă în executare și este supusă actualizării potrivit art. 628 alin. (3) C. pr. civ. (par. 42 din Decizie).

4. Caracterul executoriu al contractului de ipotecă, chiar dacă creanța nu este constatată printr-un înscris care să constituie titlu executoriu

Prin Decizia nr. 60/2017¹³, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că, în interpretarea dispozițiilor art. 2431 C. civ. raportat la art. 632 C. pr. civ., „este posibilă executarea silită a unei creanțe garantate printr-un contract de ipotecă valabil încheiat, ce constituie titlu executoriu, chiar dacă dreptul de creanță însuși nu este constat printr-un înscris care să constituie, potrivit dispozițiilor legale, titlu executoriu”.

Înalta Curte de Casație și Justiție pornește argumentarea deciziei sale prin a remarca faptul că dificultatea problemei de drept supusă interpretării rezidă în raportul dintre dispozițiile art. 2431 C. civ. („contractele de ipotecă valabil încheiate sunt, în condițiile legii, titluri executorii”) și cele ale art. 2430 C. civ. („executarea ipotecii nu poate fi realizată decât în virtutea unui titlu executoriu și pentru o creanță certă, lichidă și exigibilă”), ridicându-se, în acest context, problema dacă, pentru declanșarea executării silite, caracterul executoriu al contractului de ipotecă trebuie să fie dublat și de caracterul executoriu al contractului din care s-a născut obligația pentru a cărei garantare a fost constituită ipoteca (par. 73-74 din Decizie). Înalta Curte remarcă, în acest context, că dispozițiile art. 2431 C. civ. nu instituie nicio condiție suplimentară de care să depindă executorialitatea contractului de ipotecă, nefăcându-se nicio trimitere la natura creanței ipotecare ori la orice fel de altă cerință; prin urmare, într-o interpretare gramaticală a

⁸ A se vedea N.-H. Țiț, *Încuviințarea executării silite*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 326-327.

⁹ Potrivit art. 3 pct. 2 din Legea nr. 69/2010, prin noțiunea de „buget general consolidat” se înțelege „ansamblul bugetelor componente ale sistemului bugetar, incluzând bugetul de stat, bugetul asigurărilor sociale de stat, bugetele fondurilor speciale, bugetul general centralizat al unităților administrativ-teritoriale, bugetul Trezoreriei Statului, bugetele instituțiilor publice autonome, bugetele instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetul de stat, din bugetul asigurărilor sociale de stat și din bugetele fondurilor speciale, după caz, bugetele instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii, bugetul fondurilor provenite din credite externe contractate sau garantate de stat și ale căror rambursare, dobânzi și alte costuri se asigură din fonduri publice, bugetul fondurilor externe nerambursabile, precum și al altor entități clasificate în administrația publică, agregate, consolidate și ajustate conform Regulamentului (UE) nr. 549/2013 pentru a forma un întreg.” Pentru detalii, a se vedea Costea I., *Drept financiar – note de curs*, ed. a 5-a, Ed. Hamangiu, București, 2019, p. 6.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 945 din 21 decembrie 2015.

¹¹ Pentru distincția dintre determinarea (calculul) veniturilor accesorii creanței principale și actualizarea acesteia, potrivit art. 628 alin. (2)-(4) C. pr. civ., a se vedea Bozeșan V., *Modul de calcul al veniturilor accesorii și actualizarea creanței în faza executării silite*, în Oprina E., Bozeșan V., *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, Vol. 1, Ed. Universul Juridic, București, 2016, pp. 170-179.

¹² Cu privire la această chestiune, prezintă relevanță dacă cererea de acordare a cheltuielilor de judecată este formulată ca cerere accesorie, în cadrul procesului care a generat respectivele cheltuieli, ori pe care principală, printr-o cerere separată. În prima situație, actualizarea creanței se va face de la momentul rămânerii definitive a hotărârii judecătorești prin care s-a tranșat litigiul, iar în a doua situație, de la momentul rămânerii definitive a hotărârii prin care a fost admisă cererea de obligare la plata cheltuielilor de judecată (par. 43 din Decizie).

¹³ Publicată în M. Of. nr. 928 din 24 noiembrie 2017.

textului de lege, contractul de ipotecă este titlu executoriu per se în limita valorii bunului ipotecat (par. 80-81 din Decizie). În cazul în care executarea ipotecii nu conduce la recuperarea integrală a creanței, creditorul nu ar putea urmări alte bunuri aflate în patrimoniul debitorului decât după obținerea unui titlu executoriu (par. 82 din Decizie).

Un alt argument reținut de Înalta Curte de Casație și Justiție are în vedere prevederile art. 2504 C. civ., potrivit cu care „prescripția dreptului la acțiune privind creanța principală nu atrage și stingerea dreptului la acțiunea ipotecară. În acest din urmă caz, sub rezerva prescripției dreptului de a obține executarea silită, creditorul ipotecar va putea oricând urmări, în condițiile legii, bunurile mobile sau imobile ipotocate, însă numai în limita valorii acestor bunuri”. Se reține că dispozițiile legale sus-citate nu și-ar mai găsi aplicabilitatea în situația în care nu ar fi recunoscut caracterul executoriu independent al contractului de ipotecă, în baza căruia creditorul să poată declanșa executarea silită asupra bunurilor ipotocate (par. 85 din Decizie).

Se remarcă, de asemenea, o anumită autonomizare a ipotecii față de creanța principală, care decurge din posibilitatea transmiterii ipotecii separat de creanța pe care o garantează (art. 2358 C. civ.), respectiv a schimbării rangului ipotecii (art. 2427 C. civ.) (par. 93 din Decizie). Caracterul accesoriu al ipotecii (prevăzut de art. 2344 teza I C. civ.) nu poate anula sau limita substanțial caracterul executoriu al contractului de ipotecă, în absența unei prevederi legale în acest sens, având în vedere și faptul că rațiunea pentru care este reglementat caracterul executoriu al oricărui contract de ipotecă este aceea ca acestea să poată fi executate rapid și în mod direct (par. 98 din Decizie).

Analizând, în continuare, condițiile declanșării executării silite, sub aspectul caracterului cert, lichid și exigibil al creanței, potrivit art. 663 C. pr. civ., instanța supremă conchide că, raportat la dispozițiile legale referitoare la constituirea ipotecilor și la condițiile de conținut ale contractului de ipotecă, acestea se suprapun peste criteriile prevăzute de art. 663 C. pr. civ., ceea ce face posibilă declanșarea executării silite în baza contractului de ipotecă (par. 99-122 din Decizie).

În finalul argumentației sale, Înalta Curte de Casație și Justiție reține, prin raportare la jurisprudența relevantă a Curții Europene a Drepturilor Omului, că o interpretare a dispozițiilor art. 2430-2431 C. civ. care ar impune creditorului „dublarea” titlului executoriu reprezentat de contractul de ipotecă cu un alt titlu executoriu pentru creanța principală ar constitui o limitare nejustificată a dreptului de acces la justiție, care are drept componentă dreptul de a obține executarea titlurilor executorii. În interpretarea conform căreia contractele de ipotecă nu ar avea caracter executoriu independent de executorialitatea creanței principale, dispozițiile art. 2431 C. civ. nu ar mai produce efecte decât dacă creditorul ar deține ori ar obține un titlu executoriu distinct pentru creanța principală, ceea ce ar contraveni principiului de interpretare *actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* (par. 123-129 din Decizie)¹⁴.

5. Învăstirea cu formulă executorie a biletului la ordin

Prin Decizia nr. 7/2017¹⁵, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că „învăstirea cu formulă executorie a biletului la ordin se face în cadrul procedurii de încuviințare a executării silite, iar nu ca o etapă prealabilă distinctă”. Dezlegarea chestiunii de drept a intervenit pe fondul modificării dispozițiilor Codului de procedură civilă prin O.U.G. nr. 1/2016¹⁶ și revenirii la soluția legislativă a înglobării procedurii de învestire cu formulă executorie în procedura încuviințării executării silite, formula executorie urmând a fi adăugată în partea finală a încheierii de încuviințare¹⁷. În acest context, Înalta Curte a reținut aplicabilitatea dispozițiilor art. VII din O.U.G. nr. 1/2016 („ori de câte ori printr-un act normativ se prevede învestirea cu formulă executorie a titlurilor executorii și/sau încuviințarea executării de către executorul judecătoresc, acestea vor fi puse în executare după încuviințarea executării de către instanța judecătorească competentă potrivit legii, fără a fi necesară învestirea cu formulă executorie”), precum și faptul că dispozițiile art. 640 C. pr. civ., care fac trimitere la „condițiile prevăzute de legea specială” în ceea ce privește executorialitatea titlurilor de credit trebuie înțelese ca făcând referire doar la condițiile de fond prevăzute de legea specială, nu și cele de formă, respectiv învestirea cu formulă executorie (par. 37-38 din Decizie). În reglementarea Codului de procedură civilă actual, învestirea cu formulă executorie a titlurilor cambiale nu mai este o etapă distinctă pentru punerea lor în executare, ci o etapă în cadrul procedurii executării silite, conform art. 666 C. pr. civ. (par. 40 din Decizie).

Se reține, așadar, de către Înalta Curte de Casație și Justiție, cu valoare de principiu, că actuala procedură de încuviințare a executării silite este incompatibilă cu orice dispoziție dintr-o lege specială care ar prevedea învestirea cu formulă executorie a titlului anterior sesizării organului de executare cu cererea de executare silită. Regula vizează doar învestirea cu formulă executorie a titlurilor supuse dreptului național, în cazul hotărârilor străine punându-se, în

¹⁴ Pe larg, cu privire la executorialitatea contractului de ipotecă, a se vedea Rizoioiu R., *Chiar poate fi pus în executare un contract de ipotecă? Oricum? Oricând*, în Oprina E., Bozeșan V. (coordonatori), *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 109-127; Ungureanu A., Gheorghe E., *Ipoteca – titlu executoriu (in)apt de a fi pus în executare independent de contractul de credit*, în R.R.E.S. nr. 1/2017, pp. 58-68.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 220 din 30 martie 2017.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 85 din 4 februarie 2016.

¹⁷ Pentru detalii cu privire la învestirea cu formulă executorie, a se vedea Mircioiu Ș., *Formula executorie – între formalism și inutilitate*, în R.R.E.S. nr. 2/2018, pp. 47-74. Cu privire la menționarea formulei executorii în partea finală a încheierii de încuviințare a executării silite, a se vedea Țiț N.-H., *Încuviințarea executării silite, op. cit.*, p. 271-281.

continuare, problema recunoașterii caracterului executoriu al acestora anterior sesizării organului de executare, prin procedura de exequatur (art. 1103-1110 C. pr. civ.), cu excepția titlurilor executorii europene (art. 636 C. pr. civ.)¹⁸.

În contextul abrogării dispozițiilor art. 666 alin. (8) C. pr. civ. prin Legea nr. 310/2018¹⁹, se pune problema dacă interpretarea dată de Înalta Curte prin Decizia nr. 7/2017 își mai găsește aplicabilitatea, legiuitorul renunțând la soluția legislativă a aplicării formulei executorii în partea finală a încheierii de încuviințare²⁰. Având în vedere că dispozițiile art. 61 alin. (2) și (3) din Legea nr. 58/1934 a cambiei și biletului la ordin, respectiv art. 53 alin. (2) și (3) din Legea nr. 59/1934 a cecului²¹ au rămas nemodificate, acestea reglementând, în continuare, investirea cu formulă executorie a acestor titluri, se poate ridica întrebarea dacă, în acest context legislativ, odată cu intrarea în vigoare a dispozițiilor Legii nr. 310/2018 nu ar trebui ca, anterior sesizării executorului judecătoresc cu cererea de executare, creditorul să solicite investirea cu formulă executorie a acestor titluri.

Apreciem că, în ciuda abrogării dispozițiilor art. 666 alin. (8) C. pr. civ., dispozițiile art. VII din O.U.G. nr. 1/2016 rămân aplicabile, astfel încât nu este necesară parcurgerea unei proceduri de investire anterior încuviințării executării, iar interpretarea dată de Înalta Curte prin Decizia nr. 7/2017 își menține actualitatea și aplicabilitatea. Faptul că în partea finală a încheierii de încuviințare nu se mai regăsește formula executorie nu înseamnă că în cadrul procedurii de încuviințare nu vor fi făcute, în continuare, aceleași verificări referitoare, inter alia, la condițiile pe care titlul executoriu, altul decât o hotărâre judecătorească, trebuie să le îndeplinească, pentru a fi autorizată de instanță efectuarea actelor de executare. În acest sens, instanța are la dispoziție motivul de respingere a cererii de încuviințare prevăzut de art. 666 alin. (5) pct. 3 C. pr. civ. („înscrișul, altul decât o hotărâre judecătorească, nu întrunește toate condițiile de formă cerute de lege sau alte cerințe în cazurile anume prevăzute de lege”)²².

Prin urmare, modificarea operată prin Legea nr. 310/2018 nu are drept scop decât simplificarea procedurii de încuviințare a executării, menționarea formulei executorie în cuprinsul încheierii de încuviințare fiind anacronică; instanței de executare îi rămâne însă prerogativa verificării condițiilor prevăzute de lege cu privire la titlul executoriu, rezultatul acestei verificări materializându-se în soluția de admitere ori de respingere a cererii de încuviințare. Apreciem că, în acest context, se impune ca, *de lege ferenda*, dispozițiile cuprinse în art. 61 alin. (2) și (3) din Legea nr. 58/1934 a cambiei și biletului la ordin, respectiv art. 53 alin. (2) și (3) din Legea nr. 59/1934 a cecului să fie abrogate.

6. Reprezentarea convențională a persoanei juridice cu privire la formularea cererii de executare

Prin Decizia nr. 19/2018, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că, în interpretarea și aplicarea art. 664 alin. (2) C. pr. civ., reprezentarea convențională a persoanei juridice nu se poate face prin mandatar persoană juridică, nici prin consilierul juridic sau avocatul acesteia din urmă, potrivit art. 84 alin. (1) C. pr. civ., astfel cum acesta a fost interpretat prin Decizia nr. 9/2016 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept.

Principalul argument reținut de Înalta Curte în fundamentarea acestei decizii este acela că cererea de executare silită, formulată de creditor și depusă la executorul judecătoresc, este analizată de către instanța de executare, în procedura de încuviințare a executării silite; executorul judecătoresc nu are competența de a verifica îndeplinirea condițiilor pentru efectuarea executării silite, ci doar va înainta cerere de executare instanței, singura competentă să analizeze legalitatea și temeinicia cererii de executare și să declanșeze procedura de executare silită (par. 45, 52-56 din Decizie), raportat și la soluțiile relevante în materie ale Curții Constituționale (în special Decizia nr. 895/2015²³) (par. 49-51 din Decizie). Fiind, așadar, o cerere care, deși se depune la executorul judecătoresc, este formulată pentru instanța de executare, către care se înaintează, cererii de executare îi sunt aplicabile dispozițiile art. 84 alin. (1) C. pr. civ. astfel cum au fost interpretate prin Decizia nr. 9/2016 a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în sensul în care reprezentarea convențională a creditorului persoană juridică poate fi realizată numai de un avocat sau consilier juridic, nu și de o altă persoană juridică ori de avocatul sau consilierul juridic al acesteia din urmă.

Considerăm că argumentarea dată de Înalta Curte de Casație și Justiție nu este ferită de critici. Procedura de executare silită se declanșează prin formularea cererii de executare de către creditor [art. 622 alin. (2) C. pr. civ.], relevanță sub acest aspect având momentul sesizării organului de executare și nu cel al încuviințării executării, pentru stabilirea legii aplicabile procedurii execuționale (art. 24-25 C. pr. civ.) și determinarea competenței teritoriale a instanței de executare [art. 651 alin. (1) C. pr. civ.]. Cererea de executare nu este adresată instanței de executare, ci

¹⁸ *Ibidem*, pp. 272-274, nota de subsol nr. 1.

¹⁹ Publicată în M. Of. nr. 1074 din 18 decembrie 2018.

²⁰ Țiț N.-H., Stancu R., *Legea nr. 310/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă – comentarii, explicații, jurisprudență relevantă*, Ed. Hamangiu, București, 2019, pp. 125-126.

²¹ Dispoziții legale introduse prin O.G. nr. 11/1993 pentru modificarea Legii nr. 58/1934 asupra cambiei și biletului la ordin și a Legii nr. 59/1934 asupra cecului, aprobată cu modificări prin Legea nr. 83/1994, publicată în M. Of. nr. 292 din 14 octombrie 1994.

²² Pentru detalii, a se vedea Țiț N.-H., *Încuviințarea executării silite*, op. cit., pp. 369-392.

²³ Publicată în M. Of. nr. 84 din 4 februarie 2016.

executorului judecătoresc, având drept scop investirea acestuia cu aducerea la îndeplinire a dispozițiilor titlului executoriu. Rolul încuviințării executării de către instanță nu este acela de a declanșa procedura execuțională, ci de a autoriza executorului judecătoresc efectuarea actelor de executare, în urma verificării condițiilor prevăzute de lege în acest sens. Executorul judecătoresc nu face un simplu oficiu de transmitere a cererii de executare către instanță, având competența de a analiza cererea de executare, cu privire la cerințele formale intrinseci și extrinseci; în acest scop, legea prevede, în mod expres, competența executorului de a refuza, motivat, deschiderea procedurii de executare, printr-o încheiere motivată, atacabilă cu plângere la instanța de executare [art. 665 alin. (2) C. pr. civ.]. În plus, cel care solicită încuviințarea executării este executorul, nu creditorul, argument care nu poate fi răsturnat, în opinia noastră, prin aceea că legea conferă calitate procesuală pentru formularea apelului doar creditorului. Din contră, prin această reglementare se scoate în evidență că ceea ce se urmărește prin încuviințare este ca executorul să fie autorizat să treacă la efectuarea actelor de executare, calitatea conferită creditorului pentru formularea apelului împotriva încheierii de respingere a cererii de încuviințare fiind justificată de interesul pe care acesta îl justifică în acest sens. De altfel, dispozițiile art. 666 alin. (4) C. pr. civ., care se referă la efectele încheierii de încuviințare, menționează în mod expres că aceasta permite creditorului să ceară executorului care a solicitat încuviințarea să recurgă la toate modalitățile de executare prevăzute de lege, simultan sau succesiv; prin urmare, finalitatea procedurii de încuviințare este diferită de cea a cererii de executare: aceasta din urmă are drept scop sesizarea organului de executare și declanșează procedura execuțională, în timp ce cererea de încuviințare, având drept titular pe executor, are drept finalitate autorizarea acestuia cu efectuarea actelor de executare. Raportat la aceste argumente, apreciem că, cel puțin în parte, considerentele reținute de Înalta Curte de Casație și Justiție, întemeiate pe ideea că cererea de executare, deși depusă la executor, este adresată instanței, sunt inexacte²⁴.

Chiar și așa, pornind de la argumentele Înaltei Curți de Casație și Justiție, reținem că aceasta a avut în vedere pentru dezlegarea chestiunii de drept faptul că, indirect, cererea de executare este o cerere adresată instanței, nefiind menționat nici un argument referitor la aplicabilitatea generală a dispozițiilor art. 84 alin. (1) C. pr. civ. în faza de executare silită. Aplicând metoda de interpretare *per a contrario*, înseamnă că în cazul cererilor adresate de creditor exclusiv executorului judecătoresc și cu privire la care acesta din urmă nu trebuie să solicite încuviințarea instanței, dispozițiile art. 84 alin. (1) C. pr. civ. nu ar fi aplicabile. Altfel spus, ulterior încuviințării, reprezentarea convențională a creditorului persoană juridică în raport cu executorul judecătoresc poate fi realizată și de alte persoane, fizice sau juridice, care nu au calitatea de avocat. Această chestiune ar putea fi ridicată în legătură cu cereri precum cererea de conexare a executărilor, atunci când aceasta este de competența executorului judecătoresc [art. 654 alin. (5) C. pr. civ.], cererea de suspendare voluntară a executării [art. 701 alin. (2) C. pr. civ.], cererea de renunțare la executare [art. 703 alin. (1) pct. 3 C. pr. civ.], cererea de reluare a executării (art. 705 C. pr. civ.). În toate aceste cazuri, cererea fiind de competența exclusivă a executorului judecătoresc, dispozițiile art. 84 alin. (1) C. pr. civ. nu sunt aplicabile.

7. Aplicarea în timp a 666 alin. (2) C. pr. civ., în forma anterioară modificării prin O.U.G. nr. 1/2016, ca urmare a declarării neconstituționalității acestora prin Decizia Curții Constituționale nr. 895/2015

Prin Decizia nr. 77/2017²⁵, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că „efectele Deciziei Curții Constituționale nr. 895/2015 se produc și asupra încheierilor de încuviințare a executării silite date de executorul judecătoresc anterior publicării acestei decizii, dacă motivul de nulitate decurgând din necompetența executorului judecătoresc a fost invocat în cadrul contestației la executare formulate în termen, după publicarea deciziei instanței constituționale în Monitorul Oficial al României”.

Dezlegarea chestiunii de drept a fost solicitată în contextul în care, prin paragraful nr. 28 al Deciziei Curții Constituționale nr. 895/2015, aceasta a stabilit și o serie de reguli de aplicare în timp a soluției de neconstituționalitate pronunțată, reținând, în acest sens, că aceasta se aplică „în privința contestațiilor la executare formulate împotriva încheierii de încuviințare a executării silite date de executorul judecătoresc aflate pe rolul instanțelor judecătorești la data publicării prezentei decizii, precum și în cele în care a fost invocată excepția de neconstituționalitate până la data sus-menționată”.

În acest context, Înalta Curte de Casație și Justiție dedică o primă parte a motivării argumentației referitoare la necompetența Curții Constituționale cu privire la determinarea efectelor declarării neconstituționalității unui text de lege, această competență revenind instanțelor judecătorești, singurele în măsură să aprecieze asupra efectelor pe care o decizie de neconstituționalitate le produce în legătură cu cauzele în curs sau asupra modului în care efectele produse

²⁴ Considerăm că soluția adoptată prin Decizia nr. 19/2018 este corectă, însă apreciem că argumentele avute în vedere de instanță sunt inexacte. Astfel, considerăm că argumentul pe baza căruia ar trebui recunoscută aplicabilitatea art. 84 alin. (1) C. pr. civ. în etapa de executare constă în caracterul de drept comun al dispozițiilor reglementate în Cartea I a Codului de procedură civilă. A se vedea, în acest sens, Oprina E., *Reprezentarea creditorului persoană juridică în faza executării silite – prin prisma Deciziei nr. 9/2016 a ÎCCJ pentru dezlegarea unor chestiuni de drept*, în Oprina E., Bozeșan V. (coordonatori), *Executarea silită. Dificultăți și soluții practice*, vol. 2, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 185-197; Dan R., *Scurte considerații asupra reprezentării convenționale a persoanelor juridice în faza executării silite*, disponibil la adresa <https://www.juridice.ro/465980/scurte-consideratii-asupra-reprezentarii-conventionale-a-persoanelor-juridice-in-faza-executarii-silite.html> (vizitat la 12.03.2019); Tiț N.-H., *Încuviințarea executării silite*, op. cit., pp. 429-431.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 23 din 10 ianuarie 2018.

de textele constatate neconstituționale sunt păstrate sau înlăturate (par. 54-63); a doua parte a motivării se referă la semnalarea contradicțiilor în raționamentul operat de Curtea Constituțională cu privire la chestiunea efectelor în timp a declarării neconstituționalității soluției legislative a încuviințării executării de către executorul judecătoresc și consecințele acestor contradicții (par. 64-71); a treia parte a motivării, care prin aplicarea principiului de interpretare *a fortiori*, conduce la soluția adoptată prin Decizie.

Apreciem că motivarea dată de Înalta Curte și soluția la care aceasta a ajuns sunt criticabile. Astfel, chiar motivarea Deciziei reține că aceasta are în vedere „rațiuni mai degrabă de echitate decât de compatibilitate cu norma care guvernează efectele pentru viitor ale statuărilor jurisdicției constituționale” (par. 72). După ce face o critică a considerentelor Curții Constituționale referitoare la aplicarea în timp a deciziei de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 666 C. pr. civ. (în varianta adoptată prin Legea nr. 138/2014), atât sub aspectul instanței de contencios constituțional cu privire la această chestiune, cât și sub aspectul contradicțiilor din cuprinsul acesteia, Înalta Curte aplică regula de interpretare *a fortiori* pornind tocmai de la soluția oferită de Curtea Constituțională cu privire la acest aspect. Înalta Curte își asumă conștient această interpretare, dorind, probabil, că nu creeze o injustiție și mai mare decât cea care fusese, deja generată de par. 28 din Decizia Curții Constituționale („dacă instanțele au găsit justificat să recunoască efecte deciziei de neconstituționalitate în privința unor contestații la executare în curs, în cadrul cărora doar se contestase competența executorului judecătoresc de a emite încheieri de încuviințare, cu atât mai mult (*a fortiori*) se impune producerea acestor efecte în situațiile în care această contestare se face la un moment când norma este declarată neconstituțională” – par. 74 din Decizie).

În ciuda acestei interpretări „solomonice”, considerăm, în deplin acord cu opiniile exprimate în jurisprudență anterior pronunțării Deciziei nr. 77/2017, că dispozițiile art. 147 alin. (4) din Constituție, potrivit cu care deciziile Curții Constituționale produc efecte numai pentru viitor, impuneau ca efectele Deciziei nr. 895/2015 să nu privească încheierile de încuviințarea a executării pronunțate de executorii judecătorești anterior publicării acestei decizii în Monitorul Oficial, indiferent de momentul la care acestea ar fi fost atacate cu contestație la executare, cu excepția cazului în care pe rolul instanței de executare exista o contestație la executare, formulată în termen, întemeiată pe motivul neкомпetenței executorului judecătoresc de a dispune încuviințarea executării și în cadrul căreia a fost invocată excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 666 C. pr. civ. (în forma adoptată prin Legea nr. 138/2014), iar instanța de judecată a dispus, prin încheiere, sesizarea Curții Constituționale cu această excepție²⁶.

8. Afectațiunea specială a sumelor datorate lunar de terțul poprit membru al asociației de proprietari debitoare asociației de proprietari, cu titlu de cheltuieli de întreținere

Prin Decizia nr. 84/2018²⁷, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că „sumele datorate lunar de terțul poprit, membru al asociației de proprietari, debitoare asociației de proprietari, cu titlu de cheltuieli de întreținere, au afectațiunea specială corespunzătoare diferitelor componente ale acestor cheltuieli, astfel cum sunt determinate de legislația în materie”. Dezlegarea vizează interpretarea dispozițiilor art. 781 alin. (5) lit. a) C. pr. civ., potrivit cu care „nu sunt supuse executării silite prin poprire sumele care sunt destinate unei afectațiuni speciale prevăzute de lege și asupra cărora debitorul este lipsit de dreptul de dispoziție”, prin raportare la dispozițiile art. 46-48 din Legea nr. 230/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari²⁸ (în prezent abrogată prin art. 110 din Legea nr. 196/2018 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari și administrarea condominiilor²⁹) și la cele cuprinse în art. 12 pct. B lit. c) din Normele metodologice de aplicare a Legii nr. 230/2007, aprobate prin H.G. nr. 1588/2007³⁰ (în prezent abrogate prin art. 110 din Legea nr. 196/2018).

În vederea dezlegării chestiunii de drept, Înalte Curte analizează trei categorii de chestiuni: natura cheltuielilor lunare ale asociației de proprietari; existența relației tripartite pe care o implică solicitarea de validare a popririi; afectațiunea sumelor plătite lunar cu titlu de întreținere de un membru al asociației de proprietari, respectiv, dacă și în ce măsură această afectațiune este aptă să constituie un impediment în calea executării prin poprire (par. 70 din Decizie). Pe baza acestei analize, instanța supremă stabilește că un creditor nu va putea urmări întreaga sumă pe care un proprietar o datorează lunar asociației, deoarece în componența acestei sume intră debite ale acestuia către diferiți alți furnizori care au, în egală măsură, calitatea de creditori și deci interes în valorificarea creanței proprii. În acest scop, trebuie respectată destinația fiecărei sume, devenind incident, în acest fel, afectațiunea specială la care face referire art. 781 alin. (5) lit. a) C. pr. civ., de natură să atragă indisponibilizarea sumelor de bani care au altă afectațiune decât cea a cărei realizare o urmărește creditorul prin poprire; în caz contrar s-ar putea ajunge ca, în valorificarea unei creanțe, prin indisponibilizarea întregii sume plătite cu titlu de cheltuieli de întreținere de către un debitor, să fie paralizat dreptul la valorificarea creanței al altui creditor. (par. 102-104 din Decizie).

²⁶ A se vedea, în acest sens, Ciobanu V. M., Briciu T. C., *Analiza O.U.G. nr. 1/2016, în lumina Deciziei Curții Constituționale nr. 895/2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 666 C. pr. civ.*, în R.R.E.S. nr. 1/2016, pp. 27-41.

²⁷ Publicată în M. Of. nr. 84 din 1 februarie 2019.

²⁸ Publicată în M. Of. nr. 490 din 23 iulie 2007.

²⁹ Publicată în M. Of. nr. 660 din 30 iulie 2018.

³⁰ Publicată în M. Of. nr. 43 din 16 ianuarie 2008.

Apreciem că dezlegarea chestiunii de drept își păstrează actualitatea și în contextul abrogării dispozițiilor Legii nr. 230/2007 și ale H.G. nr. 1588/2007 prin art. 110 din Legea nr. 196/2018, în condițiile în care dispozițiile art. 47 alin. (1) din Legea nr. 230/2007, referitoare la cheltuielile asociației de proprietari își găsesc corespondentul în dispozițiile art. 75 alin. (2) din Legea nr. 196/2018³¹.

9. Caracterul definitiv al încheierii prin care instanța de executare soluționează cererea creditorului de obligarea a debitorului la plata de penalități, în cazul neexecutării unei obligații de a face sau de a nu face cu caracter *intuitu personae*

Prin Decizia nr. 73/2017³², Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 906 alin. (1) și (2) C. pr. civ., încheierea de soluționare a cererii de obligare la plata de penalități pe zi de întârziere a debitorului unei obligații de a face sau a nu face, evaluabile în bani, care nu poate fi îndeplinită prin altă persoană, este definitivă, indiferent de soluția adoptată de instanța de executare, respectiv de admitere sau de respingere a cererii creditorului”.

Principalul argument reținut de instanța supremă în acest sens este unul de text, dispozițiile art. 906 alin. (2) C. pr. civ. făcând referire în mod expres la caracterul definitiv al încheierii pronunțată de instanța de executare, sesizată de către creditor cu o cerere de aplicare a penalităților pentru neexecutarea de către debitor a unei obligații de a face sau de a nu face cu caracter *intuitu personae* (par. 67 din Decizie). Textul de lege instituie, în acest sens, o derogare de la regimul comun al încheierilor pronunțate de instanța de executare, prevăzut de art. 651 alin. (4) C. pr. civ.; caracterul definitiv al încheierii, prevăzut expres de dispozițiile art. 906 alin. (2) C. pr. civ., face ca aceasta să nu fie susceptibilă de apel, potrivit art. 634 alin. (1) pct. 1 C. pr. civ. Având în vedere și principiul legalității căilor de atac (art. 457 C. pr. civ.), nu ar putea fi creată, prin interpretare, o cale de atac pe care legea nu o deschide (par. 72-74 din Decizie). În cazurile în care legiuitorul a înțeles să stabilească un regim juridic diferit în ceea ce privește admisibilitatea căii de atac, în funcție de soluția pronunțată de instanță, a menționat expres acest lucru [spre exemplu, potrivit art. 666 alin. (7) C. pr. civ., încheierea prin care a fost respinsă cererea de încuviințare a executării silite care poate fi atacată cu apel de către creditor, în termen de 15 zile de la comunicare] (par. 76 din Decizie). În fine, consacrarea caracterului definitiv al încheierii de soluționare a cererii de aplicare a penalităților, indiferent de soluția pronunțată de instanță, constituie opțiunea legiuitorului, care a dat prioritate principiului celerității executării silite, fiind de altfel, confirmată și de practica instanței de contencios constituțional (par. 77-78 din Decizie).

10. Inadmisibilitatea formulării mai multor cereri de fixare a sumei definitive datorată de debitor cu titlul de penalități, în cazul neexecutării obligațiilor de a face sau de a nu face cu caracter *intuitu personae*

Prin Decizia nr. 16/2017, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că „în interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 906 alin. (4) C. pr. civ., nu este admisibilă formularea mai multor cereri de fixare a sumei definitive datorate de debitor cu titlu de penalități”.

Soluția adoptată prin Decizia nr. 16/2017 a ICCJ are la bază mai multe categorii de argumente: instanța supremă pornește de la evidențierea naturii juridice a penalităților cominatorii reglementate de art. 906 C. pr. civ., anume aceea de sancțiune de drept procesual civil menită să constrângă debitorul să execute în natură obligația prevăzută în titlul executoriu, și conturează apoi trei categorii de argumente: un prim argument este cel de text, remarcându-se folosirea sintagmei „suma definitivă” datorată cu titlu de penalitate (par. 67 din Decizie); al doilea argument vizează natura termenului de 3 luni, instanța supremă reținând că cererea de fixare a cuantumului penalităților ar trebui formulată în termen de 3 luni (par. 68 din Decizie)³³; al treilea argument are în vedere faptul că legiuitorul a prevăzut numai

³¹ Rădulescu T. E., *Asociații de proprietari – Legea nr. 196/2018 privind înființarea, organizarea și funcționarea asociațiilor de proprietari și administrarea condominiilor, comentată și adnotată*, Ed. Hamangiu, București, 2019, pp. 221-225.

³² Publicată în M. Of. nr. 914 din 22 noiembrie 2017.

³³ Cu privire la motivarea reținută în par. 68 din Decizia nr. 16/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a reținut, în motivarea Deciziei nr. 12/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept (publicată în M. Of. nr. 418 din 16 mai 2018) că „trebuie, însă, observat că în Decizia nr. 16/2017 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, argumentul cuprins la paragraful 68 nu constituie argumentul principal în susținerea soluției, ci un argument indirect, cu rol marginal în fundamentarea soluției. Existența unui termen de decădere de trei luni este doar enunțată, nu și motivată, ceea ce face ca acest aspect să nu poată fi considerat un aspect dezbătut și tranșat în mod efectiv prin hotărârea menționată.” (par. 77) (subl. ns.). Prin Decizia nr. 12/2018, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că în interpretarea prevederilor art. 24 alin. (4) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare:

- termenul în care creditorul poate solicita fixarea sumei ce i se datorează de către debitor cu titlu de penalități este termenul de prescripție a executării silite, de 3 ani, reglementat de art. 706 din Codul de procedură civilă, termen care curge de la data executării obligației sau, în caz de neexecutare, de la data expirării termenului de trei luni, înăuntrul căruia debitorul avea posibilitatea să execute în natură obligația;

- penalitățile stabilite în procent pe zi de întârziere se calculează de la momentul indicat în încheierea pronunțată în cadrul procedurii reglementate de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, până la executarea obligației, dar nu mai târziu de momentul expirării termenului de trei luni, înăuntrul căruia debitorul avea posibilitatea să execute în natură obligația, în caz de neexecutare;

- în cadrul procedurii reglementate de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, instanța de judecată poate stabili valoarea obiectului obligației la care se aplică penalitățile de întârziere stabilite în procent pe zi de întârziere, în ipoteza în care instanța prevăzută la art. 24 alin. (3) din aceeași lege nu a stabilit acest lucru.

posibilitatea înlăturării sau reducerii penalităților, nu și pe aceea a formulării unor solicitări succesive de fixare a sumei definitive datorată cu titlu de penalitate. Pe baza acestor argumente, Înalta Curte conchide că „obținerea unor încheieri definitive, periodice, care să stabilească suma finală datorată de debitor cu titlu de penalități s-ar îndepărta de la scopul reglementării penalităților și ar diminua efectul de mijloc de constrângere pe care acestea îl au: ele și-au atins scopul pentru care au fost reglementate prin stabilirea lor de către instanța de executare [art. 906 alin. (1) C. pr. civ.], iar apoi prin transformarea lor într-o sumă definitivă [art. 906 alin. (4) C. pr. civ.] și s-ar putea dovedi ineficiente sub aspectul constrângerii debitorului la executarea obligației, în condițiile în care creditorul ar recurge periodic la formularea de cereri de stabilire a unor sume finale datorate de debitor cu titlu de penalitate, pe care să le execute silit în mod direct. În plus, debitorul ar putea opta pentru neexecutare, expunându-se, cel mult, riscului de a plăti, periodic, o sumă de bani cu titlu de penalități” (par. 72)³⁴.

Soluția adoptată de Înalta Curte prin Decizia nr. 16/2017 nu își mai găsește aplicabilitatea în urma modificării dispozițiilor art. 906 alin. (4) prin Legea nr. 310/2018³⁵, textul de lege reglementând, în prezent, posibilitatea creditorului de a formula cereri succesive de stabilire a sumei definitive datorată de debitor cu titlul de penalități, după trecerea fiecărui termen de 3 luni în care debitorul nu își execută obligația prevăzută în titlul executoriu, până la stingerea ei completă³⁶. Cu toate acestea, dezlegarea chestiunii de drept produce efecte în cazul procedurilor execuționale declanșate anterior datei intrării în vigoare a Legii nr. 310/2018.

11. Concluzii

Procedura reglementată de art. 519 și urm. C. pr. civ. și-a dovedit utilitatea în rezolvarea mai multor probleme de interpretare a dispozițiilor legale în materia executării silit. Cu toate acestea, din păcate, în această materie au fost date și numeroase soluții de respingere ca inadmisibile ale unor sesizări care priveau chestiuni importante ale procedurii execuționale, precum: dacă, pentru încheierea valabilă a unui contract la distanță, nu mai este necesară semnătura olografă sau electronică a debitorului, primirea mesajului de confirmare de către consumator, referitor la comanda sa, fiind suficientă pentru încheierea valabilă a contractului, deci pentru a conferi valoare de titlu executoriu contractului de credit încheiat în această modalitate (Decizia nr. 7/2018³⁷); dacă dispozițiile art. 870 alin. (1) C. pr. civ., care reglementează posibilitatea participării la distribuirea de sume pentru toți creditorii interesați, presupun în mod necesar parcurgerea procedurii de intervenție prevăzută de art. 691 și următoarele C. pr. civ. (decizia nr. 18/2018³⁸); dacă existența unor măsuri asigurătorii înființate în cadrul unui proces penal asupra bunurilor unei persoane fizice sau juridice suspendă executarea silită începută de un creditor garantat al cărui drept de ipotecă asupra acelorași bunuri a devenit opozabil terților anterior înființării măsurii asigurătorii din procesul penal, respectiv determină nulitatea actelor de executare ulterioare înființării măsurii asigurătorii din procesul penal asupra acelorași bunuri, împiedicând astfel executarea silită începută de un creditor garantat (Decizia nr. 8/2015³⁹)⁴⁰; interpretarea și aplicarea art. 856 alin. (3) C. pr. civ. (decizia nr. 16/2016⁴¹); dacă în noțiunile de „orice ipotecă sau alte sarcini privind garantarea drepturilor de creanță”, respectiv „ipotecile și celelalte sarcini reale”, la care fac referire dispozițiile art. 857 alin. (3) și (4) C. pr. civ. se include și măsura sechestrului prevăzută de dispozițiile art. 249 alin. (1) C. pr. pen., astfel încât radierea înscrierii sechestrului în cartea funciară se realizează din oficiu, ca efect al adjudecării, sau exclusiv în condițiile prevăzute de dispozițiile art. 167 alin. (1) teza finală și dispozițiile art. 195 alin. (5) din Regulamentul aprobat prin Ordinul nr. 700/2014, cu modificările și completările ulterioare (Decizia nr. 20/2017⁴²).

Cu privire la natura juridică a termenului de 3 luni reglementat de art. 906 alin. (4) C. pr. civ., a se vedea Deleanu I., Mitea V., Deleanu S., *Tratat de procedură civilă*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 667; Oprina E., Gârbuleț I., *op. cit.*, p. 913, Oprina E., Bozeșan V., *Mijloace indirecte de realizarea executării silit*, în RRES nr. 1/2015, p. 50; Gârbuleț I., *Soluții în cazul neexecutării obligației de a face ce implică un fapt personal al debitorului*, în RRES nr. 3/2017, p. 46; Andruș A. L., *Considerații privind executarea silită a obligațiilor de a face sau a obligațiilor de a nu face prevăzute de art. 903-909 NCPD*, în RRES nr. 3/2015, p. 23; Suciu A., *Probleme practice privind executarea silită a obligațiilor de a face și de a nu face*, în RRES nr. 4/2017, pp. 49-50.

³⁴ A se vedea Țiț N.-H., *Considerații cu privire la executarea silită a obligațiilor de a face sau de a nu face intuitu personae*, în Nicolae M., Rizoiu R., Toma-Dăuceanu L., *In honorem Valeriu Stoica. Dreptul, libertăți și puteri la începutul mileniului al III-lea*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 353-354, nota de subsol 54.

³⁵ Publicată în M. Of. nr. 1074 din 18 decembrie 2018.

³⁶ A se vedea Țiț N.-H., Stanciu R., *op. cit.*, pp. 129-140.

³⁷ Publicată în M. Of. nr. 254 din 22 martie 2018.

³⁸ Publicată în M. Of. nr. 337 din 17 aprilie 2018.

³⁹ Publicată în M. Of. nr. 431 din 17 iunie 2015.

⁴⁰ Cu privire la această chestiune, a fost formulată ulterior o sesizare în procedura recursului în interesul legii, iar prin Decizia nr. 2/2018 (publicată în M. Of. nr. 463 din 5 iunie 2018 s-a stabilit că „existența unui sechestru asigurător penal asupra imobilelor unei persoane fizice sau juridice nu suspendă executarea silită începută de un creditor ipotecar, al cărui drept de ipotecă asupra acelorași bunuri a devenit opozabil terților anterior înființării măsurii asigurătorii din procesul penal și nu determină nulitatea actelor de executare ulterioare înființării măsurii asigurătorii din procesul penal asupra acelorași bunuri”).

⁴¹ Publicată în M. Of. nr. 779 din 5 octombrie 2016.

⁴² Publicată în M. Of. nr. 349 din 11 mai 2017.

Pe rolul completurilor pentru soluționarea chestiunilor de drept ale Înaltei Curți se găsesc, la momentul redactării prezentului articol, și alte probleme de interpretare a unor dispoziții din materia executării silite⁴³, cum ar fi: interpretarea art. 688 al. (2) C. pr. civ. și a art. 1155 alin. (2) C. civ., cu privire la posibilitatea încuviințării executării silite asupra bunurilor moștenirii împotriva succesorilor acceptanți câtă vreme nu s-a emis certificat de moștenitor⁴⁴; interpretează și aplicarea prevederilor art. 719 alin. (1) C. pr. civ. în ceea ce privește momentul până la care se dispune suspendarea executării silite, respectiv înțelesul sintagmei „până la soluționarea contestației la executare” din cuprinsul acestui text de lege.

⁴³ Conform datelor disponibile la adresa <http://www.scj.ro/CMS/0/PublicMedia/GetIncludedFile?id=20282> (vizitată la data de 14.03.2019).

⁴⁴ Cu privire la această chestiune, a mai fost formulată o sesizare pentru pronunțarea unei hotărâri prealabile, care viza interpretarea dispozițiilor art. 688 alin. (2) C. pr. civ. și art. 1155 alin. 2 C. civ., în sensul de a se stabili dacă există posibilitatea începerii executării silite a bunurilor moștenirii împotriva moștenitorilor acceptanți ai debitorului decedat, cât timp nu au fost stabilite cotele succesoriale și calitatea de moștenitor a acestora în cadrul dezbaterii succesoriale, sesizare respinsă ca inadmisibilă prin Decizia nr. 12/2019, nepublicată până la momentul redactării prezentului articol (soluția este disponibilă la adresa <http://www.scj.ro/1323/5217/Comunicate-privind-deciziile-pronuntate-de-Completele-pentru-dezlegarea-unor-chestiuni-de-drept-in-m/Comunicat-privind-deciziile-pronunte-de-Compleutul-pentru-dezlegarea-unor-chestiuni-de-drept-in-mater>, vizitată la 14.03.2019).

ROLUL JURISPRUDENȚEI CURȚII CONSTITUȚIONALE ȘI A JURISPRUDENȚEI INSTANȚELOR JUDECĂTOREȘTI ÎN REGLEMENTAREA INSOLVENȚEI PROFESIONIȘTILOR

The Role of The Constitutional Court Jurisprudence and Jurisprudence of The Common Courts in Regulation of The Insolvency of Professionals

Nicoleta ȚĂNDĂREANU*

Rezumat: *Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, denumită generic de teoreticienii dreptului „Codul insolvenței”, întrucât a urmărit să reunească, într-o concepție unitară, toate reglementările existente în materia insolvenței și în materia procedurilor de prevenire a insolvenței, a fost fundamentată pe dezideratele sociale prezente și de perspectivă și pe jurisprudența Curții Constituționale și a instanțelor judecătorești.*

Potrivit jurisprudenței Curții Constituționale, reglementarea insolvenței este de domeniul legiuitorului primar – Parlamentul, instituirea unor proceduri speciale, ținând cont de specificul procedurii, nu poate fi privită ca aducând atingere dreptului la apărare sau dreptului la un proces echitabil, cu excepția cazului când realizarea drepturilor constituționale este condiționată de existența unor cerințe excesive, nejustificate în mod obiectiv sau rațional, care încalcă prevederile art. 53 din Constituție iar reglementarea trebuie să respecte exigențele constituționale referitoare la calitatea legii (claritate, precizie și previzibilitate în ceea ce privește accesul efectiv la justiție).

Jurisprudența instanțelor judecătorești, inclusiv cea pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție în cadrul mecanismelor de unificare, a determinat uneori legiferarea în sensul realităților consacrate de practica judiciară, în acord și cu alte acte normative aplicabile.

Cuvinte-cheie: *reglementarea insolvenței, rolul jurisprudenței Curții Constituționale, rolul jurisprudenței instanțelor judecătorești.*

Abstract: *Law no. 85/2014 on insolvency and insolvency prevention procedures, generally named by theoreticians of „Insolvency code”, as it sought to reunite, in a unitary conception, all existing insolvency regulations and insolvency prevention procedures, was grounded on social desiderata present and perspective, and on the case-law of the Constitutional Court and the courts.*

According to the jurisprudence of Constitutional Court, insolvency regulation is in the area of the primary law-the Parliament, the establishment of special procedures, taking into account the specificity of the procedure, can not be regarded as affecting the right of defense or the right to a fair trial, conditional upon the existence of excessive, objectively or rationally unreasonable requirements, which violate the provisions of art. 53 of the Constitution and regulation must comply with constitutional requirements on the quality of law (clarity, precision and predictability in terms of effective access to justice).

The jurisprudence of the courts, including those issued by the High Court of Cassation and Justice in the framework of the unification mechanisms, determine the lawmaking in the sense of the realities established by the judicial practice, in agreement with other applicable normative acts.

Keywords: *insolvency regulation, the role of the jurisprudence of the Constitutional Court, the role of the jurisprudence of the courts.*

Considerații generale

Studiul de față își propune să reliefeze rolul și importanța pe care jurisprudența Curții Constituționale¹ și jurisprudența instanțelor judecătorești, atât cea pronunțată în cadrul mecanismelor de unificare cât și cea pronunțată în cadrul deciziilor de speță, au avut-o în reglementarea actuală a insolvenței profesioniștilor.

Potrivit art. 6 din Legea nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative², „(1) Proiectul de act normativ trebuie să instituie reguli necesare, suficiente și posibile care să conducă la o cât mai mare stabilitate și eficiență legislativă. Soluțiile pe care le cuprinde trebuie să fie temeinic fundamentate, luându-se în considerare interesul social, politica legislativă a statului român și cerințele corelării cu ansamblul reglementărilor interne, precum și ale armonizării legislației naționale cu legislația comunitară și cu tratatele internaționale la care România este parte. (2) Pentru fundamentarea noii reglementări se va porni de la dezideratele sociale prezente și de

* Doctor, Formator – Institutul Național de Magistratură; e-mail: nicotandareanu@gmail.com.

¹ Termenul de *jurisprudență* este sinonim cu cel de practică jurisdicțională a Curții Constituționale.

² Legea nr. 24/2000 a fost publicată în M. Of. nr. 139 din 31 martie 2000.

perspectivă, precum și de la insuficiențele legislației în vigoare. (3) Proiectele de acte normative se supun spre adoptare însoțite de o expunere de motive, o notă de fundamentare sau un referat de aprobare”

Analizând legătura dintre fenomenul legiferării și realitatea de fapt constatată juridic, în cadrul hotărârilor de speță, M. Djuvara³ considera că „Legea... nu este decât un rezumat extrem de concentrat al unor cazuri multiple concrete de relații juridice, adică de aprecieri individuale de dreptate, din care s-a inspirat acela care a făcut-o. Legea nu poate să caute însă altceva, căci acesta este chiar rostul ei, decât dreptatea așa cum o simțim cu toții, adică consacrarea unor relații juridice juste. Aplicarea legii nu poate avea decât tot același scop: din această idee fundamentală s-au născut teoriile noi de interpretare a legii”.

Insolvența a fost inițial reglementată în Codul Comercial 1887, cartea a III-a despre faliment, în art. 695-889. Primele reglementări în materia insolvenței, într-o concepție post decembristă modernă, au fost:

- Legea nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare, redenumită în anul 1997 „Legea privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului”, care a suferit numeroase modificări și completări;

- Legea nr. 83/1998 privind procedura falimentului instituțiilor de credit, abrogată și înlocuită de Ordonanța nr. 10/2004 privind falimentul instituțiilor de credit;

- Legea nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței, cu modificările ulterioare;

- Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară, falimentul, dizolvarea și lichidarea voluntară în activitatea de asigurări, care a abrogat printre altele, capitolul privind redresarea, reorganizarea și lichidarea asigurătorilor din Legea nr. 32/2000;

- În anul 2006 a fost adoptată Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, care abrogă dispozițiile Legii nr. 64/1995.

- Legea nr. 381/2009 privind introducerea concordatului preventiv și mandatului ad-hoc.

Inițiatorul legislativ⁴, deși a urmărit să reunească într-un singur act normativ toate reglementările existente la acel moment în materia insolvenței și în materia procedurilor de prevenire a insolvenței și să elaboreze un Cod al insolvenței, ținând cont de noile realități economice și juridice interne și internaționale, din considerente de tehnică legislativă, reglementarea s-a concretizat inițial în O.U.G. nr. 91/2013 și ulterior în Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

Pentru prima dată, toate dispozițiile în materie sunt reunite într-o reglementare unică concretizată în O.U.G. nr. 91/2013⁵, act normativ declarat neconstituțional în integralitatea lui prin Decizia Curții Constituționale nr. 447 /2013, publicată în M. Of. nr. 674 din 01.11.2013, în principal, ca urmare a adoptării sale sub forma unei ordonanțe de urgență.

În acord cu considerentele deciziei Curții Constituționale, actul normativ a fost supus dezbaterii parlamentului, fiind adoptată Legea nr. 85/2014.

Legea nr. 85/2014 integrează, într-un singur act normativ, norme generale aplicabile profesioniștilor, norme speciale, care se completează cu cele generale din titlul I, aplicabile instituțiilor de credit, societăților de asigurare/reasigurare, grupurilor de societăți, reglementarea insolvenței transfrontaliere și a procedurilor de prevenire a insolvenței [mandatul ad-hoc și concordatul preventiv]. Sunt lăsate în afara reglementării acestei legi, făcând obiectul unor acte normative separate, insolvența persoanelor fizice [Legea nr. 151/2015⁶] și insolvența unităților administrativ teritoriale [O.U.G. nr. 46/2013⁷ privind criza financiară și insolvența unităților administrativ-teritoriale].

Legea nr. 85/2014 a fost modificată prin Legea nr. 312/2015⁸, Legea nr. 62/2016⁹, Legea nr. 1/2017¹⁰ și O.U.G. nr. 88/27 septembrie 2018¹¹.

Legea nr. 85/2014 are ca fundament principal reglementările din Legea nr. 85/2006 dar și din O.G. nr. 10/2004, Legea nr. 637/2002, Legea nr. 503/2004, Legea nr. 381/2009, pe care le-a abrogat. Pe lângă considerentele de natură economică și de organizare care au impus modificările, un rol semnificativ în adoptarea noii reglementări l-a avut jurisprudența Curții Constituționale și jurisprudența instanțelor judecătorești, atât cea pronunțată în cadrul mecanismelor de unificare, cât și cea ordinară.

³ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului. Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. All Restitutio, 1995, p. 116.

⁴ Ministerul Justiției, în cadrul proiectului finanțat de Banca Mondială și Fondul Monetar Internațional, intitulat „Strengthening the Insolvency Mechanism in Romania”.

⁵ O.U.G. nr. 91/2013 a fost publicată în M. Of. nr. 620 din 04.10.2013.

⁶ Legea nr. 151/2015 a fost publicată în M. Of. nr. 464 din 26 iunie 2015.

⁷ O.U.G. nr. 46/2013 a fost publicată în M. Of. nr. 299 din 24 mai 2013.

⁸ Legea nr. 312/2015 a fost publicată în M. Of. nr. 920 din 11 decembrie 2015.

⁹ Legea nr. 62/2016 a fost publicată în M. Of. nr. 295 din 19 aprilie 2016.

¹⁰ Legea nr. 1/2017 a fost publicată în M. Of. nr. 15 din 6 ianuarie 2016.

¹¹ O.U.G. nr. 88/27 septembrie 2018 a fost publicată în M. Of. nr. 840 din 2 octombrie 2018.

Rolul jurisprudenței Curții Constituționale în adoptarea Legii nr. 85/2014

a). Ca premisă, Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 447/2013¹², a stabilit că reglementarea insolvenței este de domeniul legiuitorului primar – Parlamentul și că, atât timp cât nu sunt îndeplinite condițiile pentru adoptarea unei ordonanțe de urgență, Guvernul nu poate interveni într-un domeniu deja reglementat de Parlament. Făcând referire la jurisprudența sa anterioară¹³, Curtea Constituțională a arătat că „inexistența sau neexplicarea urgenței reglementării situațiilor extraordinare, [...] constituie în mod evident o barieră constituțională în calea adoptării de către Guvern a unei ordonanțe de urgență în sensul arătat. A decide altfel înseamnă a goli de conținut dispozițiile art. 115 din Constituție privind delegarea legislativă și a lăsa libertate Guvernului să adopte în regim de urgență acte normative cu putere de lege, oricând și – ținând seama de împrejurarea că prin ordonanță de urgență se poate reglementa și în materii care fac obiectul legilor organice – în orice domeniu”. Cât privește situațiile extraordinare, a reținut că ele exprimă un grad mare de abatere de la obișnuit sau comun¹⁴. Astfel, ordonanța de urgență, ca act normativ ce permite Guvernului, sub controlul Parlamentului, să facă față unei situații extraordinare, se justifică prin necesitatea și urgența reglementării acestei situații care, datorită circumstanțelor sale, impune adoptarea de soluții imediate în vederea evitării unei grave atingeri aduse interesului public¹⁵. Cu alte cuvinte, atâta timp cât nu sunt îndeplinite condițiile pentru adoptarea unei ordonanțe de urgență, Guvernul nu poate interveni într-un domeniu deja reglementat de Parlament.

Ca urmare a declarării neconstituționalității O.U.G. nr. 91/2013, Parlamentul, după dezbateri în Senat și Camera Deputaților, a votat Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență.

b). Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 1.137 din 4 decembrie 2007¹⁶, a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 7 din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței sunt contrare art. 24 și art. 53 din Constituție, în măsura în care se interpretează că prima comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se promovează o acțiune în temeiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se realizează numai prin Buletinul procedurilor de insolvență, iar nu și potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă.

În motivare, Curtea a reținut că instituirea unor proceduri speciale, ținând cont de specificul procedurii, nu poate fi privită ca aducând atingere dreptului la apărare sau dreptului la un proces echitabil. Cu toate acestea, în măsura în care realizarea drepturilor constituționale este condiționată de existența unor cerințe excesive, nejustificate în mod obiectiv sau rațional, respectivele norme de procedură sunt neconstituționale, încălcând dreptul la apărare și prevederile art. 53 din Constituție, referitor la restrângerea exercițiului unor drepturi sau libertăți. Astfel, Curtea apreciază că textul este neconstituțional în măsura în care este interpretat în sensul că persoanele, împotriva cărora se va deschide o acțiune potrivit dispozițiilor acestei legi ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se vor cita direct prin Buletinul Procedurilor de Insolvență, fără a beneficia de o primă comunicare a actelor de procedură potrivit Codului de procedură civilă, asemănător soluției consacrate pentru debitor și creditori.

Ca urmare a deciziei Curții Constituționale, legiuitorul, prin Legea nr. 173/2008 și ulterior prin Legea nr. 169/2010, a modificat dispozițiile Legii insolvenței nr. 85/2006.

În acord cu decizia Curții Constituționale, dar și cu regula instituită în materie de insolvență, legiuitorul legii actuale a insolvenței a prevăzut dubla citare și comunicare a actelor de procedură pentru primul termen de judecată, atât individual, conform codului de procedură civilă, cât și colectiv, prin Buletinul Procedurilor de Insolvență.

Legea nr. 85/2014 a reglementat procedura de citare astfel: Art. 42 (1) Citarea părților, precum și comunicarea oricăror acte de procedură se efectuează prin BPI. [...] (4) „*Prin excepție de la prevederile alin. (1), prima citare și comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se introduce o acțiune, în temeiul dispozițiilor prezentei legi, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se vor realiza potrivit prevederilor Codului de procedură civilă și prin BPI. Instanțele judecătorești vor transmite actele de procedură în cauză, din oficiu, pentru publicare în BPI*”.

c). Într-o altă ipoteză, legiuitorul a prefigurat o soluție a Curții Constituționale, modificând reglementarea din legea anterioară a insolvenței.

Prin art. 59 din Legea nr. 85/2014 s-au prevăzut următoarele: – (1)¹⁷ Administratorul judiciar va depune lunar un raport cuprinzând descrierea modului în care și-a îndeplinit atribuțiile (...); (2) Raportul se depune la dosarul cauzei, iar un extras se publică în BPI. (...); (5) Debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori, precum și orice altă persoană interesată pot face contestație împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar. (6) *Contestația trebuie să fie depusă în termen de 7 zile de la publicarea în BPI a extrasului prevăzut la alin. (2).*

¹² Decizia Curții Constituționale nr. 447/2013 a fost publicată în M. Of. nr. 674 din 01.11.2013.

¹³ Decizia nr. 258 din 14 martie 2006, publicată în M. Of. nr. 341 din 17 aprilie 2006.

¹⁴ Decizia nr. 255 din 11 mai 2005, publicată în M. Of. nr. 511 din 16 iunie 2005.

¹⁵ Decizia nr. 1.221 din 12 noiembrie 2008, publicată în M. Of. nr. 804 din 2 decembrie 2008.

¹⁶ Decizia nr. 1.137 din 4 decembrie 2007 a fost publicată în M. Of. nr. 31 din 15 ianuarie 2008.

¹⁷ Alineatul (1) a fost modificat prin punctul 5 din O.U.G. nr. 88/2018, începând cu 02.10.2018.

Doi ani mai târziu, prin Decizia nr. 308 din 12 mai 2016¹⁸, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că soluția legislativă prevăzută la art. 21 alin. (3) din Legea nr. 85/2006¹⁹, care stabilește că termenul de 3 zile pentru înregistrarea contestației curge de la data depunerii²⁰ raportului prevăzut la alin. (1), este neconstituțională²¹.

În considerentele deciziei, Curtea constată că legiuitorul și-a respectat numai din punct de vedere formal competența constituțională de a legifera măsuri care să permită accesul la justiție în ceea ce privește contestarea raportului administratorului judiciar, stabilind posibilitatea ca debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditorii, precum și orice altă persoană interesată să poată face contestație împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar, fără însă a preciza, în mod concret, o dată obiectivă, nesusceptibilă de arbitrar care este data depunerii raportului lunar, dată de la care ar trebui înregistrată contestația, că „omisiunea și imprecizia legislativă sunt cele care generează încălcarea dreptului fundamental pretins a fi încălcat și că soluția legislativă care stabilește că termenul de 3 zile pentru înregistrarea contestației curge de la data depunerii raportului, nu respectă exigențele constituționale referitoare la calitatea legii, respectiv nu întrunește condițiile de claritate, precizie și previzibilitate în ceea ce privește accesul efectiv la justiție, fiind contrară dispozițiilor art. 1 alin. (5) și, implicit, art. 21 din Constituție, prin prisma exigențelor stabilite de Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale.

Fiind în acord cu considerentele deciziei Curții Constituționale, nu mai este necesară punerea de acord a textului legii actuale cu prevederile constituționale.

Rolul jurisprudenței Înaltei Curți de Casație și Justiție, pronunțată în cadrul mecanismelor de unificare a practicii judiciare, în adoptarea Legii nr. 85/2014.

Mecanismele de unificare a jurisprudenței, reglementate de Codul de procedură civilă, recursul în interesul legii și pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei chestiuni de drept, au ca scop interpretarea unitară a unui text din legea în vigoare, singur sau în coroborare cu alte texte din același act normativ sau/și din alte acte normative aplicabile.

Legiuitorul nu are obligația de a reglementa sau de a modifica legea în raport de deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție, completul competent să soluționeze recursul în interesul legii sau completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. Cu toate acestea, sunt situații în care legiuitorul a fost receptiv la statuările instanței supreme, modificând reglementarea astfel încât textul de lege să dobândească o formă clară, precisă și să nu mai lase loc la interpretări contradictorii. Astfel, sunt satisfăcute cerințele reglementării și anume cerințele corelării cu ansamblul reglementărilor interne și înlăturarea insuficiențelor legislației în vigoare.

Sunt de reliefat câteva situații:

a). Decizia nr. 5 din 4 aprilie 2011²², Înalta Curte de Casație și Justiție – completul competent să soluționeze recursul în interesul legii.

Instanța supremă admite recursul în interesul legii și stabilește următoarele: în aplicarea dispozițiilor art. 11 alin. (1) și art. 12 din Legea nr. 85/2006 coroborate cu dispozițiile art. 312 alin. (2)-(4) C. pr. civ., curtea de apel, investită cu soluționarea recursului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând recursul, va casa hotărârea și va trimite cauza judecătorului-sindic pentru deschiderea procedurii insolvenței.

Desigur că la baza recursului în interesul legii a stat o jurisprudență neunitară considerabilă al cărei obiect era soluția pe care instanța de recurs o dă în cazul admiterii recursului declarat împotriva hotărârii de respingere a cererii creditorului sau a debitorului de deschidere a procedurii. Instanța a reținut 3 orientări jurisprudențiale: unele instanțe, fără o motivare expresă sub acest aspect, au dispus trimiterea cauzei judecătorului-sindic din cadrul tribunalului, cu indicația expresă de a dispune deschiderea procedurii insolvenței. Alte instanțe de recurs, în aceleași ipoteze, au dispus ele însele deschiderea procedurii generale ori simplificate, după caz. A existat și o orientare izolată, de asemenea, fără o motivare expresă în această privință, conform căreia instanța de recurs a dispus deschiderea procedurii insolvenței în forma generală, a adoptat primele măsuri prevăzute la art. 20, art. 21 alin. (1), art. 35, art. 47, art. 61, art. 62 lit. b) și c) din Legea nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, precum și efectuarea cuvenitelor comunicări și notificări, potrivit dispozițiilor art. 37, art. 48 și art. 61 din lege. Subsecvent s-a dispus trimiterea

¹⁸ Decizia nr. 308 din 12 mai 2016 a fost publicată în M. Of. nr. 585 din 2 august 2016.

¹⁹ Art. 21 alin. (3) din Legea nr. 85/2006: „Contestația trebuie să fie înregistrată în termen de 5 zile de la depunerea raportului prevăzut la alin. (1)”.

²⁰ La dosarul cauzei.

²¹ Deși printr-o decizie anterioară, Decizia nr. 186 din 2 martie 2010, publicată în M. Of. nr. 317 din 14 mai 2010, Curtea Constituțională a respins excepția de neconstituționalitate a aceluiași text de lege. Doctrina și jurisprudența semnalase că reglementarea curgerii termenului de contestare de la data depunerii raportului la dosar prezenta un risc semnificativ de decădere din termen și crea serioase dificultăți persoanelor interesate să conteste măsurile – Rebeca Dan, *Codul insolvenței. Note. Corelații. Explicații. Art. 1-203*, coord. Gheorghe Piperea, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 378.

²² Decizia nr. 5 din 4 aprilie 2011 a ÎCCJ a fost publicată în M. Of. nr. 350 din 19 mai 2011.

dosarului la tribunal, în vederea stabilirii termenelor pentru continuarea procedurii, cu deplina respectare a termenelor stabilite anterior prin decizia pronunțată de instanța de recurs.

Se rețin ca și considerente relevante următoarele:

- Soluția pe care instanța de recurs o poate pronunța în situația admiterii recursului împotriva hotărârii de respingere a cererii de deschidere a procedurii... este soluția de casare.
- Atribuțiile pe care legea le prevede pentru fiecare dintre participanții la procedura insolvenței sunt de competență exclusivă, ele neputând fi îndeplinite de un alt participant la procedură.
- Deschiderea procedurii este de atributul și în competența exclusivă a judecătorului-sindic, iar hotărârea de deschidere a procedurii cuprinde dispoziții și comunicări realizabile în termene legale scurte, are un caracter unitar și nu poate fi partajată între instanța de recurs și judecătorul-sindic...

Transpunând în plan legislativ cele statuate de instanța supremă, Legea nr. 85/2014, în art. 43 alin. (7), cuprinde următoarea dispoziție legală: „Curtea de apel investită cu soluționarea apelului declarat împotriva hotărârii judecătorului-sindic prin care s-a respins cererea de deschidere a procedurii insolvenței, admitând apelul, va anula hotărârea și va trimite cauza judecătorului-sindic, pentru deschiderea procedurii insolvenței.

b. Decizia nr. 6 din 14 mai 2012²³, Înalta Curte de Casație și Justiție – completul competent să soluționeze recursul în interesul legii.

Instanța admite recursurile în interesul legii și constată că, „În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, raportat la art. 136 alin. (6) din Codul de procedură fiscală, executarea hotărârilor judecătorești de atragere a răspunderii membrilor organelor de conducere sau de supraveghere în condițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006, se va efectua, în cazul concursului dintre creditorii fiscali și ceilalți creditori ai debitorului, potrivit Codului de procedură fiscală.

Se rețin ca și considerente relevante următoarele:

• Art. 136 alin. (6) din O.G. nr. 92/2003 instituie o normă derogatorie de la dispozițiile art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, derogare determinată de obiectul executării silite, respectiv încasarea creanțelor fiscale ce constituie surse la bugetul de stat,...

• Competența de punere în executare a hotărârii judecătorului-sindic, vizând atragerea răspunderii apartine organelor fiscale de executare numai în situația în care în pasivul debitorului în insolvență se află și creanțe fiscale.

• Derogarea se extinde asupra tuturor categoriilor de creditori. Dispozițiile art. 139 alin. (9) din O.G. nr. 92/2003 reglementează concursul de executări silite, organele de executare fiscale fiind competente să continue procedura de executare, indiferent de momentul în care a început executarea silită de drept comun.

Reglementările din art. 142 alin. (1) din Legea nr. 85/2006²⁴ și art. 173 alin. (1) din Legea nr. 85/2014²⁵ sunt similare.

În demersul de a pune de acord dispozițiile legale cu Decizia nr. 6 din 14 mai 2012 pronunțată în recursul în interesul legii, legiuitorul, prin Codul de procedură fiscală (Legea nr. 207 din 20 iulie 2015)²⁶ a reglementat acest aspect printr-o dispoziție derogatorie de la legea insolvenței²⁷, prevăzând în art. 220 alin. (10), sub denumirea marginală „Organele de executare silită”, că „În cazul în care, potrivit legii, s-a dispus atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere, potrivit prevederilor legislației privind insolvența, și pentru creanțe fiscale, prin derogare de la prevederile art. 173 din Legea nr. 85/2014, executarea silită se efectuează potrivit dispozițiilor prezentului cod, de către organul de executare silită prevăzut de acesta. În situația în care atragerea răspunderii privește atât creanțe fiscale administrate de organul fiscal central, cât și creanțe fiscale administrate de organul fiscal local, competența aparține organului fiscal care deține creanța fiscală mai mare. În acest caz, organul de executare silită distribuie sumele realizate potrivit ordinii prevăzute de Legea nr. 85/2014”.

Rolul jurisprudenței conturate prin deciziile de speță în adoptarea Legii nr. 85/2014

O problemă care a generat o jurisprudență neunitară sub imperiul Legii nr. 85/2006 a fost calitatea procesuală a administratorului judiciar/lichidatorului judiciar de a ataca hotărârea adunării creditorilor cu acțiune în anulare. Art. 14 alin. (7) din Legea nr. 85/2006 prevedea următoarele: hotărârea adunării creditorilor poate fi desființată de judecătorul-sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au

²³ Decizia nr. 6 din 14 mai 2012 a ÎCCJ a fost publicată în M. Of. nr. 411 din 20 iunie 2012.

²⁴ „Executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 138 alin. (1) se efectuează de către executorul judecătoresc, conform Codului de procedură civilă”.

²⁵ „Executarea silită împotriva persoanelor prevăzute la art. 169 alin. 1 se efectuează de către executorul judecătoresc, potrivit Codului de procedură civilă”.

²⁶ Publicată în M. Of. nr. 547 din 23 iulie 2015.

²⁷ Andreea Deli Diaconescu – în teza de doctorat susținută la Universitatea de Vest din Timișoara, cu titlul „Problema de compatibilitate dintre procedura insolvenței și codul de procedură civilă” apreciază că astfel de reglementări paralele procedurii de insolvență ar trebui evitate întrucât derogă de la regula unicității domeniului de legiferare și a permite legiferarea unor situații tratate deja în această lege în alte legislații, care nu sunt proprii materiei insolvenței, dar reglementează în sens contrar acesteia, reprezintă o lipsă de predictibilitate a finalității normei juridice.

făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor.

Pornind de la interpretarea literală a textului, majoritatea jurisprudenței s-a pronunțat în sensul că administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu are calitate procesuală activă pentru a ataca hotărârea adunării creditorilor, acțiunea putând fi exercitată numai de creditorii care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și de creditorii îndreptățiți să participe la procedura insolvenței, care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor²⁸. Au existat însă și soluții în care s-a apreciat că administratorul judiciar/lichidatorul judiciar au calitate procesuală activă pentru a ataca hotărârea adunării creditorilor, deși nu dețin un drept de vot în cadrul ședințelor adunării creditorilor, având doar sarcina prezidării adunării. S-a apreciat că, în temeiul art. 25 lit. k) din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar/lichidatorul judiciar poate sesiza judecătorul-sindic cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta, între care și legalitatea convocării și hotărârii adunării creditorilor și că art. 14 din lege nu l-a exclus pe practicianul în insolvență²⁹. S-a semnalat de nenumărate ori în doctrină³⁰ și în jurisprudență că adunările creditorilor adoptă hotărâri nelegale iar practicienii în insolvență sunt obligați să le aducă la îndeplinire întrucât nu au calitatea procesuală expresă pentru promovarea acțiunii în anulare.

Receptiv la acest semnal de alarmă tras de doctrină și de jurisprudență, legiuitorul Legii nr. 85/2014 a reglementat, din nefericire într-o formă discutabilă³¹, în art. 48 alin. (7), persoanele care pot ataca hotărârea adunării creditorilor astfel: (7) Hotărârea adunării creditorilor poate fi anulată de judecătorul-sindic pentru nelegalitate, la cererea creditorilor care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul-verbal al adunării, precum și la cererea creditorilor care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor sau ale căror voturi nu au fost consemnate în procesul-verbal întocmit. *Hotărârea, cu excepția celei prin care a fost desemnat, poate fi atacată, pentru motive de nelegalitate, și de administratorul judiciar/lichidatorul judiciar.*

Concluzii

Jurisprudența Curții Constituționale este izvor formal de drept³², legiuitorul fiind obligat să legifereze în acord cu cele dispuse de aceasta și să pună actul normativ infraconstituțional în acord cu Constituția, conform considerentelor deciziilor Curții.

Jurisprudența instanțelor judecătorești, atât cea pronunțată în cadrul mecanismelor de unificare de Înalta Curte de Casație și Justiție, cât și jurisprudența conturată prin deciziile de speță, poate și trebuie să constituie sursă de inspirație în actul de legiferare, pentru a răspunde cerințelor corelării legii în vigoare cu ansamblul reglementărilor interne, armonizării legislației naționale cu legislația comunitară și cu tratatele internaționale la care România este parte, precum și cerințelor înlăturării insuficiențelor legislației în vigoare.

²⁸ Tribunalul Iași, Secția Comercială și de Contencios Administrativ, sentința com. 465/S/2008, publicată în lucrarea *Procedura insolvenței. Culegere de practică judiciară*, 2006-2009, volumul I, Uniunea Națională a Practicienilor în Insolvență din România, Ed. C.H. Beck, București, 2011, p. 359-360.

²⁹ Curtea de Apel Iași, Secția a II-a civilă, decizia nr. 730/2013, publicată în lucrarea „Noul Cod al insolvenței adnotat cu doctrină, jurisprudență și explicații”, autor Viorel Terzea, Ed. Solomon, p. 104-105.

³⁰ Andreea Deli Diaconescu – *op. cit.* – autorul susține că deși nu deține un drept de vot în cadrul ședințelor adunării creditorilor și nu poate fi considerat un „egal” al creditorilor, practicianul în insolvență, în calitate de observator atent al stării economice a debitorului, care traversează o stare de dificultate financiară, dar care nu-l transformă într-un subiect de drept exclus din participarea la circuitul economic, poate ataca hotărârile acestui organ deliberativ pentru considerente de legalitate, pentru salvagardarea principiului legalității în procedură.

³¹ Doctrina critică modul în care legiuitorul a formulat textul. Se consideră că legiuitorul a comis o regretabilă eroare și că a dorit de fapt să excludă doar posibilitatea ca practicianul în insolvență să ceară anularea hotărârii adunării creditorilor prin care s-a decis înlocuirea lui, similar cu soluția adoptată pentru administratorul revocat prin hotărârea adunării generale a asociaților din Legea nr. 31/1990 – Nicoleta Țândăreanu, *Codul insolvenței comentat. Art. 1-182*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 183; Rebeca Dan, *op. cit.*, p. 333-334; Codruț Nicolae Savu, *Procedura insolvenței. Concept. Organe și participanți. Deschidere. Efecte principale*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 193 – se apreciază că administratorul judiciar/lichidatorul judiciar nu poate ataca hotărârea adunării creditorilor prin care a fost desemnat sau înlocuit, acest aspect rezultând *expressis verbis* din prevederile art. 57 alin. (6).

³² A se vedea articolul *Vocația jurisprudenței Curții Constituționale de a fi izvor de drept*, Ioan Chelaru, în Revista Universul Juridic, pe www.revista.universuljuridic.ro.

ROLUL ȘI IMPORTANȚA CATEGORIILOR ÎN DREPTUL PROCESUAL CIVIL

Role and Importance of Categories in The Civil Procedure

Ionuț NEFLIU*

Rezumat: *Conceptele categoriale trebuie înțelese ca și criterii de clasificare, ca forme și determinări generale care ne permit să gândim lucrurile, ca și chei de lectură ale unei realități. Lucrarea noastră nu poartă cu privire la înlocuirea, eventual, a categoriilor vechi cu categoriile noi în contextul contradictoriu al globalizării, ci doar cu titlu exemplificativ vom examina 3 categorii definitorii (generale) ale dreptului procesual civil, anume jurisdicția, acțiunea civilă și subiecții procesuali.*

Cuvinte-cheie: *categorii, experiență juridică, jurisdicție civilă, acțiune civilă, subiecți procesuali.*

Abstract: *Categorical concepts must be understood as classification criteria, as forms and general determinations that allow us to think things, as reading keys of reality. Our paperwork doesn't regard, possibly, the replacement of old categories by the new ones in the contradictory context of globalisation, but in order to exemplify we'll examine 3 definitional (general) categories of civil trial law, namely jurisdiction, civil action, and trial subjects.*

Keywords: *categories, legal experience, civil jurisdiction, civil action, trial subjects.*

1. *Aspecte de ordin introductiv.* Categoriile se constituie pentru jurist ca un punct sigur și liniștitor de referință, un mod de a face ca propriile alegeri interpretative să fie mai puțin arbitrare¹, mai clare și mai în acord cu experiența socială. Kant vedea categoriile ca și concepte fundamentale ale gândirii pure – adică forme *a priori* ale cunoașterii, ceea ce a influențat gândirea juridică europeană, în sensul în care categoriile sunt frecvent utilizate, chiar fără să ne dăm seama, tocmai pentru caracterul lor prestabilit și revelator al fenomenelor juridice și sunt tratate ca atare de doctrina juridică.

Conceptele categoriale trebuie înțelese ca și criterii de clasificare, ca forme și determinări generale care ne permit să gândim lucrurile, ca și chei de lectură ale unei realități². Categoriile sunt elaborări conceptuale independente de condiționările istorice³, înscriindu-se în ceea ce putem denumi mai larg *constantele dreptului*⁴.

Categorizarea (înscrierea într-o categorie) chiar și a unor activități obișnuite nu se poate face decât întotdeauna în mod metodic, iar nu întâmplător și arbitrar⁵.

Se știe că în mod tradițional, analiza materiei juridice se face sub influența pozitivismului juridic pe instituții întregi, cum ar fi în cazul dreptului civil – partea generală, analiza se face pe instituții ca dreptul subiectiv, raportul juridic, actul juridic, prescripția extinctivă⁶ etc.

În ce privește compararea categoriilor procesuale cu instituțiile specifice, acestea din urmă pot în mod real să fie des modificate, de ex. în lumina principiilor procesului echitabil, în timp ce categoriile ar trebui să rămână imuabile⁷ sau mai greu modificabile.

Categoriile trebuie privite ca instrumente operative și elastice, folosite de interpret în aplicarea dreptului, reprezentând un moment intern al procesului aplicativ. Ele acoperă distanța dintre generalitatea normei și specialitatea fiecărui caz concret⁸.

Deosebirea dintre principiile generale ale dreptului și categorii poartă cu privire la faptul că în timp ce categoria aparține procedeului reconstructiv de semnificații încredințat activității de apreciere a interpretului, principiul general de drept constituie întotdeauna o figură deontică direcționată spre terenul regulilor juridice⁹.

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea de Vest Timișoara; e-mail: ionefliu@gmail.

¹ Nicolo Lipari, *Las categorias del derecho civil*, trad. Agustin Luna Serrano, Editorial Dykinson, Madrid, 2016, p. 37.

² *Idem*, p. 30.

³ Nicolo Lipari, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, Rivista di diritto civile nr. 1/2018, Wolters Kluwer&CEDAM, Padova, 2018, p. 145.

⁴ Crearea unor raționamente trece prin realizarea recunoașterii unor activități prin descriere, povestire, analiză etc. și prin folosirea anumitor resurse, competențe și proceduri lingvistico-lexicale pentru alegerea termenilor potriviți să desemneze o anumită realitate. A se vedea Harvey Sacks, *op. cit.*, p. 11.

⁵ Harvey Sacks, *L'analisi delle categorie* (a cura di Enrico Caniglia), Armando Editore, Roma, 2010, p. 11.

⁶ Ovidiu Ungureanu, Cornelia Munteanu, *Drept civil. Partea generală*, ed. a II-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2017.

⁷ Roberta Tiscini, *Le categorie del processo civile*, Zanichelli Editore, Bologna, 2017, p. 205.

⁸ Mauro Pennasilico, *Le categorie del diritto civile tra metodo e storia*, Rivista di diritto civile nr. 5/2016, Wolters Kluwer&CEDAM, Padova, 2016, p. 1247.

⁹ Nicolo Lipari, *op. cit.*, p. 57.

Categoriile se ivesc din circuitul experiență juridică – istorie – metodă și oferă juristului o judecată de valoare care rezumă întreaga perspectivă a dinamicii și istoricității experienței juridice¹⁰.

Categoriile dreptului procesual civil nu au de regulă un sediu normativ punctual, ci sunt răspândite în materie ca puncte nodale¹¹, care asigură funcționarea angrenajului procesual și interrelaționarea elementelor sale.

Lucrarea noastră nu poartă cu privire la înlocuirea eventuală a categoriilor mai vechi cu categoriile noi în contextul contradictoriu al globalizării, ci doar cu titlu exemplificativ vom examina 3 categorii definitorii (generale) ale dreptului procesual civil, anume *jurisdicția*, *acțiunea civilă*, *subiecții procesuali*¹².

Studiul categoriilor rămâne complementar cu cel al instituțiilor de drept procesual, neputând înlocui recurgerea la manualele de specialitate. El este și potențator sau stimulator, în sensul în care favorizează aprofundarea conceptelor, instituțiilor, a altor construcții juridice¹³ (ficțiuni, procedee, premise juridice).

2. Noțiunea de *jurisdicție* era gândită la origini nu doar ca o premisă *sine qua non* a existenței procesului, dar și ca o putere a statului de a spune dreptul, sustrasă derogabilității părților. Funcțiunea jurisdicției nu se poate desprinde de ideea de proces, fiind diferită de organizarea judiciară, care se referă la structurarea puterii judecătorești¹⁴. Funcțiunea jurisdicției poate fi nu doar necesară (contencioasă), ci și voluntară (necontencioasă).

Organizarea judiciară este conturată de dispozițiile art. 124 alin. 3 și art. 126 alin. 1 din Constituție, potrivit cărora judecătorii se supun exclusiv legii (nu și precedentului judecătoresc¹⁵), iar jurisdicția civilă se exercită de Înalta Curte de Casație și Justiție și celelalte instanțe judecătorești.

Tendința observabilă în ultimii ani și în sistemul românesc, ca și în cel italian¹⁶, este ca jurisprudența curții supreme, în afara mecanismelor de jurisprudență obligatorie (RIL sau HP, în sistemul nostru), să devină *puternic persuasivă*. Este vorba aici de o *funcție subiectivă* a jurisdicției, aptă să pună în valoare rolul judecătorului cazului concret soluționat în ultimă instanță, în vreme ce în cazul RIL sau HP avem o *funcție obiectivă*¹⁷ a jurisdicției, care valorifică atribuția Înaltei Curți de Casație și Justiție de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către instanțele judecătorești (art. 126 alin. 3 din Constituție).

Jurisdicția civilă, într-o definiție succintă, este activitatea de a spune dreptul desfășurată de judecători, autonomi și independenți, supuși doar legii și selecționați prin concurs, fiind în același timp o *resursă limitată*¹⁸.

Jurisdicția cunoaște de la jumătatea secolului trecut evoluții schimbătoare de paradigmă. Ea s-a desprins treptat de ideea de *teritorialitate* și *suveranitate*, consacrandu-se multe jurisdicții internaționale, cum este și Curtea Europeană a Drepturilor Omului sau tribunalele de arbitraj internațional. Pierderea monopolului etatic al jurisdicției este însoțită de pierderea monopolului etatic al legislației procesuale, ceea ce semnifică o arhitectură a izvoarelor de drept care merge dincolo de legătura regulii procesuale cu statul¹⁹. S-au afirmat totodată și metodele alternative de soluționare a litigiilor (așa-numitele ADR).

S-a remarcat în doctrina italiană prezența unui fenomen contrar celui analizat și anume *dejurisdicționalizarea* în domeniul e.g. al dreptului familiei²⁰. Posibilitatea de „*privatizare*” a procesului civil în materia *status familiae*, în special a judecății de aprobare a acordurilor de separație consensuală, relevă cu începere din 1975 (art. 40 din Legea nr. 151 din 19 mai 1975²¹) și implicații mai profunde, de modificare a conținutului, dar și a titularului puterii de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic, ceea ce a erodat dogma tradițională a indisponibilității. Astfel, art. 158 alin. 2 C. civ. italian, denumit „*Separație consensuală*”, prevede că dacă acordul soților referitor la încredințarea și creșterea fiilor este împotriva intereselor acestora, judecătorul cheamă soții indicându-le ce modificări să adopte în interesul fiilor, iar în caz de soluționare neadecvată, poate respinge acordul.

Dejurisdicționalizarea se traduce prin delegarea nu către un judecător, ci către un terț/ terți (soții în exemplul de mai sus) a unei *funcții creatoare de drept*, de ex. constituirea unei puteri sau a unui drept subiectiv prin intermediul unei determinări private, care poate chiar să nu fie prevăzută de o normă juridică expresă, ci să fie rodul unei așa-zise tipicități implicite²².

¹⁰ Mauro Pennasilico, *art. cit.*, p. 1248.

¹¹ Roberta Tiscini, *op. cit.*, p. XV.

¹² Alte categorii examinate de R. Tiscini sunt *protecția drepturilor*, *contradictoriul*, *obiectul procesului* și *faptul juridic abstract*, *litispendența*, *cumulul procesual*, *lucrul judecat*, *căile de atac*, *modelul procesual* (*proces obișnuit*, *proceduri speciale*), *durata rezonabilă*.

¹³ Simona Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2018, p. 69.

¹⁴ Roberta Tiscini, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Idem*, p. 19.

¹⁷ *Idem*, p. 18.

¹⁸ Andrea Proto Pisani, *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, Rivista di diritto processuale, nr. 1/2016, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2016, p. 102.

¹⁹ Roberta Tiscini, *op. cit.*, p. 25.

²⁰ Giovanni Carmellino, *Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione*, Rivista di diritto processuale, nr. 2/2018, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 481.

²¹ *Codice civile. Leggi complementari* (a cura di Fausto Izzo), Edizioni giuridiche Simone, Napoli, 2017.

²² Giovanni Carmellino, *op. cit.*, p. 483.

În C. pr. civ. român în vigoare²³, termenul de *jurisdicțional* se întâlnește mai ales în sintagmele „*alt organ cu activitate jurisdicțională*” (art. 94 alin. 2, art. 132 alin. 1 și 3, art. 135 alin. 3, art. 480 alin. 4, art. 497) sau „*alt organ fără activitate jurisdicțională*” (art. 132 alin. 4), ambele cu privire la dispozițiile care reglementează competența instanțelor de judecată, iar în art. 541 din Cartea a V-a a C. pr. civ. se folosește și expresia de „*jurisdicție alternativă*”.

Termenul de competență generală desemnează de fapt o competență jurisdicțională, iar lipsa de competență generală semnifică lipsa de jurisdicție. Potrivit art. 130 alin. 1 C. pr. civ., necompetența generală poate fi invocată oricând, în *orice stare a pricinii*, deci și după primul termen la care părțile au fost legal citate în fața primei instanțe²⁴. Totuși, acest lucru nu este posibil în căile de atac, dacă necompetența generală nu a fost invocată anterior. Potrivit art. 488 alin. 1 pct. 3 C. pr. civ. român, este motiv de casare în recurs dacă hotărârea a fost dată cu încălcarea competenței de ordine publică a altei instanțe, *invocată în condițiile legii*. De asemenea, potrivit dispozițiilor art. 503 alin. 2 pct. 1 C. pr. civ. este motiv de contestație în anulare dacă hotărârea dată în recurs a fost pronunțată de o instanță necompetentă absolut și când, deși se invocase excepția corespunzătoare, instanța de recurs a omis să se pronunțe asupra acesteia.

Art. 37 C. pr. civ. italian stabilește că lipsa jurisdicției poate fi invocată și din oficiu, în *orice stare și grad* al procesului civil. *Orice stare* se referă de ex. la un proces suspendat și *orice grad* se referă la faptul că procesul poate fi în apel, în Casație etc.²⁵ Totuși, în sistemul italian, dacă a fost pronunțată o primă sentință pe fond și aceasta a rămas definitivă, nu mai poate fi discutată în căile de atac această lipsă de jurisdicție (*necompetență generală*, cum am putea-o numi în sistemul românesc), dacă nu se regăsește ca motiv distinct al căii de atac promovate²⁶. S-a afirmat că lipsa jurisdicției poate face obiectul unei excepții procesuale doar la prima instanță (primul grad de jurisdicție), „*în stare virgină*”, iar nu ulterior.

3. Noțiunea de *acțiune civilă* se întâlnește în ambele coduri, civil și de procedură civilă, în vigoare²⁷. Definiția acțiunii civile din art. 29 C. pr. civ. român reține trăsăturile esențiale ale acesteia, aspecte ce formează așa-zisul *dublu obiect al procesului civil*: pe de o parte, acțiunea civilă se referă la dreptul care se naște și există în realitatea substanțială (a dreptului civil), iar pe de altă parte poartă și asupra dreptului la acțiune (dreptul de a acționa în justiție) care se exercită și se desfășoară în cadrul procesului, potrivit limitelor și garanțiilor formale impuse de dreptul procesual civil²⁸.

O a 3-a caracteristică esențială a acțiunii civile este *disponibilitatea* (caracterul disponibil), titularul dreptului subiectiv sau al altei situații juridice subiective putând opta dacă folosește calea jurisdicțională sau dacă, dimpotrivă, uzează de instituțiile, facultative în principiu, ale arbitrajului, medierii, concilierii, negocierii asistate.

Accesul la justiție fiind un drept constituționalmente garantat (art. 21 din Constituția României), trebuie păstrată libertatea de alegere între calea jurisdicțională și o altă cale facultativă. Procedura de informare despre mediere sau încercarea de mediere credem că poate fi obligatorie, iar nu ajungerea la un rezultat în urma acesteia. În vreme ce arbitrajul implică renunțarea la judecata jurisdicțională, medierea se plasează înaintea procesului, ca o procedură prealabilă²⁹.

Acțiunea civilă nu poate fi exercitată decât cu întrunirea condițiilor sale generale, dintre care cea mai importantă ni se pare *calitatea procesuală* (sau legitimarea de a acționa). Prezintă calitate procesuală acela care este concomitent și titularul acțiunii civile (reclamantul), dar și titularul dreptului care face obiectul procesului. Cu alte cuvinte, dreptul afirmat de reclamant în cererea de chemare în judecată trebuie să se regăsească în titularitatea efectivă din plan substanțial³⁰. Există și situația unei legitimări procesuale extraordinare (calitate procesuală a terțului), de ex. în acțiunea oblică (subrogatorie) reglementată de art. 1560-1561 C. civ. român, care este un mijloc de conservare (protecție) al garanției patrimoniale a creditorului³¹.

O ultimă distincție pe care vrem să o reliefăm este cea dintre acțiunea civilă- cerere- *actul introductiv*. În timp ce acțiunea civilă este un drept de a pretinde protecție jurisdicțională asupra unei situații juridice subiective, cererea de chemare în judecată este instrumentul prin care un atare drept este exercitat, potrivit legii. Cererea de chemare în judecată conține desigur un act introductiv, dar sunt și cereri făcute *în cursul procesului* care nu conțin un act

²³ Am folosit *Codul de procedură civilă și Legea de punere în aplicare*, ed. a 8-a, rev., Ed. Hamangiu, București, 2017 (ediție actualizată la 21 mar. 2017).

²⁴ Mihaela Tăbărcă, *Drept procesual civil. Supliment al vol. I, II, III: Comentarii ale Legii nr. 310/2018*, Ed. Solomon, București, 2019, p. 44.

²⁵ Roberta Tiscini, *op. cit.*, p. 27.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Astfel, în art. 563 C. civ. este detaliată acțiunea în revendicare, în art. 696 alin. 1 este reglementată acțiunea confesorie de suprafață, în art. 757 acțiunea confesorie de servitute, iar în art. 29 C. pr. civ. este chiar definită ca fiind „ansamblul mijloacelor procesuale prevăzute de lege pentru protecția dreptului subiectiv pretins de către una din părți sau a unei alte situații juridice, precum și pentru asigurarea apărării părților în proces”.

²⁸ *Idem*, p. 31.

²⁹ *Idem*, p. 37.

³⁰ *Idem*, p. 41.

³¹ Francesco Galgano, *Diritto privato*, Diciassettesima edizione, Wolters Kluwer – CEDAM, 2017, p. 427-428.

introdutiv (de ex. cererea reconvențională, cererea de audiere a unui martor), întrucât reclamantul este deja parte în proces. Actul introductiv este conturat doar de *forme prestabilite*³² potrivit legii, cererea însă poate fi și spontană.

4. Noțiunea de *subiecți procesuali* include pe lângă părți (reclamant, pârât) și pe judecător. Părțile pot fi analizate pe 3 paliere: părți în sens substanțial, părți în sens procesual, părți în sens formal. Așa cum subliniază judicios Roberta Tiscini³³, *părțile în sens substanțial* vor beneficia sau suferi de efectele substanțiale ale cererii și implicit ale hotărârii judecătorești pronunțate, *părților în sens procesual* le vor reveni, asupra lor se vor răsfrânge efectele procesuale ale cererii (de ex. spezele litigiului), iar *parte în sens formal* este reprezentatul din proces (apărătorul avocat, reprezentantul legal, tutorele, curatorul). În acțiunea oblică, creditorul este parte în sens procesual, el acționează în fața judecății în nume propriu, dar în contul altei persoane, în vreme ce reprezentantul ca parte formală stă în judecată atât în numele, cât și în contul altei persoane.

Cu referire la subiecții procesuali există anumite premise procesuale³⁴, diferite ca și concept de condițiile acțiunii civile. Premisele procesuale pentru judecător sunt *jurisdicția, competența, imparțialitatea*, iar cu privire la părți premisele procesuale sunt *calitatea procesuală, dreptul pretins, interesul de a acționa, reprezentarea*.

Observăm că premisele procesuale referitoare la părți sunt chiar condițiile generale ale acțiunii civile, la care se adaugă aspectele legate de reprezentarea procesuală în multiplele sale forme, reprezentare legală (a mamei sau părintelui pentru minor), reprezentare organică (a persoanei juridice de către o persoană cu puteri de reprezentare), reprezentare voluntară, reprezentare tehnică (a apărătorului avocat).

Important de reținut că reprezentarea procesuală nu se suprapune întotdeauna peste reprezentarea recunoscută în plan substanțial³⁵.

Dacă judecătorul constată de ex. că acțiunea a fost promovată direct de incapabil, fără numirea unui reprezentant va respinge acțiunea ca fiind inadmisibilă, fiind intentată de o persoană fără capacitate procesuală.

³² Roberta Tiscini, *op. cit.*, p. 43.

³³ *Idem*, p. 106.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Idem*, p. 108.

IMPORTANȚA PREDICTIBILITĂȚII ÎN ARBITRAJ

The importance of Predictability in Arbitration

Cristina Ioana FLORESCU*

Rezumat: *Predictibilitatea legală este un aspect esențial care include stabilitatea legii materiale și procedurale, iar în materie arbitrală a reieșit ca fiind de asemenea indispensabilă pentru asigurarea încrederii în această metodă alternativă justiției statale, a unei depline transparențe și responsabilități a actului de justiție.*

Predictibilitatea, transparența, eficiența și flexibilitatea sunt cele mai fierbinți subiecte fiind în permanentă dezbateră în ultimii cinci ani la nivel internațional și care testează capacitatea sistemului arbitral, pentru care se caută soluții viabile și conforme. Îndeplinirea acestor cerințe sunt totodată considerate că având un rol semnificativ în asigurarea recurgerii celor interesați la arbitraj. În vederea consolidării și intensificării încrederii în arbitraj sunt necesare mecanisme eficiente pentru înlăturarea vulnerabilității în fața acestor noțiuni și implementarea instrumentelor celor mai potrivite pentru a atrage părțile să recurgă mai des și consecvent la arbitraj.

Se distinge în mod semnificativ între predictibilitatea procedurală, ce se referă la modul de desfășurare și derulare a procedurii, și predictibilitatea materială sau substanțială, care privește rezultatul unui caz. Lucrarea își propune să inventarieze succint neajunsurile și problematicile drumului spre predictibilitate în arbitraj care este strâns legat de dezvoltarea arbitrajului în general prin alinierea la tendințele actuale și să încerce să propună câteva măsuri în atingerea acestui deziderat.

Cuvinte-cheie: *predictibilitate, arbitraj, procedură arbitrală, eficiență.*

Abstract: *Legitimate predictability is an essential aspect that includes the stability of substantive and procedural law, and in arbitration it also appears to be indispensable for ensuring trust in this alternative method to state justice, full transparency and accountability of the act of justice.*

Predictability, transparency, efficiency and flexibility are the hottest topics, being in constant debate over the last five years at international level and testing the capacity of the arbitration system, for which it is looking for viable and compliant solutions. The fulfillment of these requirements is also considered to have a significant role in ensuring the recourse of those interested to arbitration. In order to strengthen and enhance trust in arbitration, effective mechanisms are needed to remove vulnerability to these notions and to implement the most appropriate instruments to attract parties to make more frequent and consistent use of arbitration.

There is a significant difference between procedural predictability, which refers to the way in which the procedure is managed and conducted, and the material or substantial predictability that concerns the outcome of a case. The paper aims to briefly inventory the shortcomings and issues of the road to predictability in arbitration that is closely related to the development of arbitration in general by aligning itself with current trends and to try to propose some measures to achieve this goal.

Keywords: *predictability, arbitration, arbitral proceedings, efficiency*

Preambul

În derularea oricărui proces un rol aparte îl deține predictibilitatea modului de înfăptuire a justiției, de desfășurare a procedurii, la care toți actorii unui proces sunt implicați, constituindu-se într-o piatră de temelie în orice stat de drept. Certitudinea legală este un aspect esențial care include stabilitatea legii materiale și procedurale, iar în domeniul arbitrajului a reieșit ca fiind de asemenea indispensabilă pentru asigurarea încrederii, a unei depline transparențe și responsabilități a actului de justiție.

Previzibilitatea și coerența luării deciziilor (deci și a celor arbitrale) pot fi găsite în cadrul principiului statului de drept și sunt importante întrucât constituie elemente pe care se bazează frecvent publicul larg pentru a evalua corectitudinea și legitimitatea unui sistem judiciar, iar aderarea la aceste principii favorizează încrederea indivizilor în sistem.¹

Prin urmare, în prim planul preocupărilor legiuitorului – cât și a mediului de afaceri și societate în general – rămân consecvența și predictibilitatea în jurisprudența instanțelor, pentru a asigura o corectă (coerentă) interpretare și aplicare a legii. În acest sens se întreprind continuu eforturi pentru consolidarea mecanismelor de unificare,

* Conf. univ. Dr., Universitatea Spiru Haret, Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, București; *Arbitru* (București, Brașov, Paris, Viena, Chișinău); *Avocat*, Baroul București; crisflorescu@gmail.com, cristina.florescu@spiruharet.ro.

¹ Julia Hildebrandt, *Persuasive Authority, Predictability and Consistency in Arbitral Decision Making*, Seminar Paper Winter Term 2017/2018, p. 2, 3, https://deicl.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_deicl/VR/VR_Personal/Reinisch/Internetpublikationen/hildebrandt.pdf.

armonizare și uniformizare a jurisprudenței, a reglementărilor legale și de bune practici (*soft law*), de norme și prevederi contractuale, prin reforme care să țină pasul cu cele mai moderne tendințe și care să răspundă nevoilor actuale și reale ale părților ce doresc să recurgă la arbitraj.

Arbitrajul ca alternativă privată nu se substituie jurisdicției statale în general, care însă participă activ la consolidarea structurii și principiilor arbitrajului, ci se află într-o relație de complementaritate, benefică pentru ambele forme de justiție². Așadar, arbitrajul este o procedură nestatală care funcționează în baza dispozițiilor legale, o formă de justiție privată, menită să ofere părților avantajele pe care acestea nu le regăsesc în justiția statală.

În permanentă dezbateră, predictibilitatea³, transparența, eficiența și flexibilitatea⁴ sunt cele mai actuale și de interes subiecte care testează capacitatea sistemului arbitral, pentru care se caută soluții viabile și conforme. Îndeplinirea acestor deziderate sunt totodată considerate că au un rol semnificativ în asigurarea recurgerii celor interesați la arbitraj. În vederea consolidării și intensificării încrederii în arbitraj sunt necesare mecanisme eficiente pentru înlăturarea vulnerabilității în fața acestor noțiuni și implementarea instrumentelor celor mai potrivite pentru a atrage părțile să recurgă mai des și consecvent la arbitraj.

Unul dintre cuvintele cheie folosite extrem de frecvent în arbitraj în ultima vreme este „eficiența”, întrucât majoritatea participanților la procedura arbitrală întâmpină greutăți în gestionarea mai puțin costisitoare și mai rapidă a cazurilor care ajung să se prelungească datorită unei birocratii din ce în ce mai nefaste. Deși această birocratie a fost dezvoltată tocmai pentru a ușura munca instituțiilor arbitrale și a tribunalului arbitral, ea nu a reușit să rezolve problema ci doar să o accentueze și să genereze adoptarea de o paletă din ce în ce mai diversificată de tehnici dilatorii (tactici de gherilă cum sunt denumite de literatura de specialitate)⁵ de către părți și mai ales avocații acestora.

Predictibilitate materială (substanțială) vs. procedurală

Se distinge în mod semnificativ între predictibilitatea procedurală, ce se referă la modul de desfășurare și derulare a procedurii, și predictibilitatea materială sau substanțială, care privește rezultatul, decizia unui caz.

Predictibilitatea materială este conceptul prin care un judecător în sistemul *common law* (*stare decisis*)⁶ nu poate răsturna un precedent decât în caz de diferențe în fapt substanțiale, dar în sistemele de drept civil judecătorul nu este obligat să urmeze asemenea concepte și reguli stricte. În sistemul de drept civil, precedentul prevede exemple oficiale pentru corecta și coerenta interpretare a unei prevederi legale, căci judecătorii sunt ținuți numai de lege nu și de precedent. Se cunoaște însă că în practică judecătorii iau în considerare de asemenea precedentul curților de apel sau supreme pentru a evita anularea propriilor lor decizii.

Subiectul precedentului judiciar și modul de aplicare a normelor legale⁷ este interesant și observăm că noțiunile de precedent se disting diferit în arbitraj spre deosebire de instanțele judecătorești și depind de asemenea și de sistemul de drept (*civil law* sau *common law*). Într-o jurisdicție națională, o măsură de uniformitate poate fi impusă ierarhic instanțelor de sus în jos; deși se acordă instanțelor inferioare o autonomie considerabilă de a interpreta textele juridice *de novo*, în practică, judecătorii continentali rămân în minte cu hotărârile judecătorești superioare. În schimb, arbitrii nu se consideră, de regulă, legați de hotărârile altor tribunale în modul în care judecătorii se simt constrânși de deciziile instanțelor superioare într-un sistem național unificat și ierarhic. Acest lucru nu înseamnă însă că hotărârile anterioare vor fi ignorate. Dimpotrivă, deciziile altor tribunale arbitrale sunt adesea luate în considerare ca fiind un corpus de principii care reprezintă așteptările comune ale părților. Deși nu se acordă statutul de precedent într-un sens restrâns al dreptului comun, hotărârile arbitrilor respectați pot constitui sprijin pentru rezultate în alte cazuri, oferind informații despre ceea ce comunitatea relevantă ia în considerare ca fiind abordarea corectă a problemelor similare. Pentru avocați și specialiști în drept, aceste informații pot servi drept instrument de convingere, dar pentru managerii de afaceri și planificatorii guvernamentali, acestea oferă un instrument prin care ar putea evalua și chiar anticipa modul în care vor fi soluționate litigiile viitoare. În cele din urmă, relația dintre chestiunile de drept și de fapt rămâne oarecum controversată în orice context și se poate dovedi provocarea judecătorilor și a arbitrilor.

În cea ce privește normele procedurale, în unele cazuri, arbitrii trebuie să interpreteze și să aplice dispoziții de drept intern care impun constrângeri în chestiuni procedurale, mai degrabă decât normele din materie contractuală. În acest context, obligația de fidelitate față de acordul părților poate concura cu obligația de a se conforma procedurilor

² V. Roș, *Arbitrajul comercial internațional*, Ed. Regia Autonomă M. Of., București 2000, p. 17.

³ Nikolaus Pitkowitz and the 26 contributors, *The Vienna Predictability Propositions: Paving the Road To Predictability In International Arbitration*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, p. 115-159.

⁴ José Maria Alonso, *The Globalization of International Arbitration*, The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook 2017, p. 11-21.

⁵ C. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford University Press, 2014; G. Horvath & S. Wilske, *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, Wolters Kluwer, 2013; C. Rogers, J. Jeng, *The Ethics of International Arbitrators*, The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration, Third edition, Juris Publishing, 2014, p. 175-206.

⁶ Wolfgang Kühn, *Procedural Tools In Support Of Predictability In International Arbitration*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, p. 191.

⁷ William W. Park, *The Predictability Paradox, Arbitrators and Applicable Law*, The Application of Substantive Law by International Arbitrators, Dossier XI of the ICC Institute of World Business Law (ICC Publication No. 753E) 2014, p. 60-79, <http://www.williamwpark.com/documents/Predictability%20Paradox%20WWP.pdf>.

obligatorii ale sediului arbitral, deși există uneori și contexte în care arbitrii pot interpreta legea arbitrală națională într-un mod contrar opiniei judecătorilor locali. Totuși, arbitrajul s-a pus în slujba creării unei plaforări a terenului de desfășurare a soluționării disputelor și a unei nivelări între realitate și percepție și totodată de reducere a riscului de rezultate aleatorii. În căutarea unui echilibru, miza finală constă în capacitatea arbitrajului de a-și îndeplini promisiunile în promovarea tipului de cooperare economică consolidată de justificarea fidelă a așteptărilor legitime.

Este mai complicat și greu de atins predictibilitatea materială; poate că nici nu ar fi neapărat cel mai indicat să fie urmărită sau să se depună eforturi pentru a înlesni o uniformizare a acesteia⁸ având în vedere că fiecare caz are particularitățile și circumstanțele sale factice diferite, dovedit fiind că în cazuri similare se poate desigur ajunge la rezultate diferite. Dar predictibilitatea procedurală, determinată de regulile desemnate să guverneze și normeze procesul arbitral, există tocmai pentru a face acest demers mai ușor de evaluat și gestionat, dar nu pentru a influența rezultatul disputei prin posibila lipsă de independență și imparțialitate a arbitrilor.

De asemenea, se poate observa că predictibilitatea procedurală este influențată și este chiar o funcție dependentă de contextul cultural și legal al actorilor implicați în proces, căci doi avocați ce provin din medii similare probabil vor avea nevoie de mai puține reguli pentru a asigura predictibilitatea unui proces decât cei ce provin din medii diferite (cum ar fi deosebirea dintre sistemele de drept civil și cel continental, *civil law* și *common law*). Dar absența predictibilității nu conduce neapărat la flexibilitate, căci o diversitate și o multitudine de reguli pot crea mai degrabă un context rigid și inflexibil, inadaptat circumstanțelor unui anumit caz, aceasta întrucât un proces arbitral are nevoie de un cadru normativ clar și coerent pentru a se putea derula eficient și predictibil.

În legătură cu acest aspect al unui cadru normativ actual, în ultima vreme în toată lumea se depun eforturi considerabile și permanente de modernizare. Pe plan internațional se remarcă reforma masivă care a avut loc în ultimii doi ani în actualizarea și remodelizarea regulilor arbitrale de către instituțiile arbitrale cele mai cunoscute, lideri ai momentului. Iar pe plan național, cel mai bun exemplu este reforma Curții de Arbitraj Comercial Internațional atașată Camerei de Comerț și Industrie a României, cea mai renumită, mai fiabilă și veche instituție arbitrală permanentă din România, ce și-a modificat regulile începând cu 1 ianuarie 2018. Noile reguli se străduiesc să promoveze în mod coerent Bucureștiul ca un centru de arbitraj modern și au un puternic accent modern, internațional, suplu și flexibil, fiind elaborate în conformitate cu cele mai bune practici și tendințe actuale existente în domeniu⁹.

Sediul arbitrajului – instrument reprezentativ în dezvoltarea și asigurarea predictibilității modului de desfășurare a procedurilor arbitrale

Selectarea sediului (locului) unui arbitraj internațional este o decizie critică pentru părțile la un contract comercial internațional, deoarece această decizie are un impact semnificativ asupra soluționării eventualelor litigii ale părților. Sediul arbitrajului determină, printre altele, legea națională arbitrală care se aplică desfășurării arbitrajului sau oricărei acțiuni de anulare, contestare, recunoaștere și executare a unei hotărâri arbitrale. De multe ori, legea națională a contractului, care adesea este și cea care guvernează procedura arbitrală, determină și legea aplicabilă validității convenției arbitrale și poate influența procesul și drepturile legate de procedurile de executare. În plus, audierile sunt adesea ținute la sediul arbitrajului, deși acest lucru nu este obligatoriu decât dacă este expres prevăzut în convenția arbitrală.

De ceva timp, a existat o concurență între tot mai multe jurisdicții care încearcă să atragă arbitrajul internațional prin alegerea sediului arbitrajului. Există mai multe motive în spatele acestui fenomen, dar în principal jurisdicțiile din întreaga lume recunosc că arbitrajul internațional nu este doar un mijloc de atragere a afacerilor, ci și un mijloc de a construi un prestigiu și de a dezvolta ulterioare oportunități economice. Găzduirea arbitrajelor internaționale este o modalitate de a construi reputația unei jurisdicții ca un loc modern, neutru și fiabil de a face afaceri, de a promova comerțul și de a respecta statul de drept. În plus, atragerea arbitrajului internațional aduce beneficii comunității juridice locale, adică avocaților, arbitrilor și instituțiilor arbitrale, prin creșterea cererii pentru serviciile lor. Sporirea numărului de arbitri așezați într-o anumită jurisdicție extinde, de asemenea, în mod firesc, jurisprudența referitoare la arbitraj și jurisprudența în această jurisdicție, contribuind astfel la elaborarea legii și a doctrinei sale. Și audierile efectuate la sediul arbitrajului generează oportunități de afaceri pentru industria turismului, a ospitalității. Astfel, arbitrajul este privit ca un adevărat produs de export de către multe jurisdicții.

Popularitatea crescândă a arbitrajului poate aduce, de asemenea, economii semnificative pentru sistemul judiciar local, deoarece direcționarea litigiilor comerciale către arbitraj poate salva timpul și resursele instanțelor judecătorești.

⁸ Christopher Koch, Heidrun Halbartschlager, *On The Road To Predictability, What Becomes Of Flexibility?*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, p. 130.

⁹ A se vedea și C. Florescu, *Tendențe de eficientizare în lumina noilor reguli române de procedură arbitrală*, în volumul „Dreptul românesc la 100 de ani de la Marea Unire. Dimensiuni și tendințe”, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 121-126; C. Florescu, *A Time For Change: Internationalizing Romanian Institutional Arbitration Rules*, Legal and Administrative Studies nr. 1/2018, Proceedings of Conference Legal, Political and Administrative Consequences of Romania's Accession to the European Union 17-18 May 2018, Ed. Pro Universitaria, p. 157-170; D.M. Șandru, *Elemente esențiale ale noilor Reguli de procedură ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă CCIR*, RRDA nr. 6/2017, p. 41-48; *Numirea arbitrilor – pilon fundamental al procedurii. Observații privind noile Reguli de procedură arbitrală ale Curții de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României*, în RRDA nr. 2/2018.

Acest lucru este deosebit de relevant, deoarece, în multe țări, litigiile comerciale internaționale nu sunt ideale pentru instanțele ordinare: amploarea și complexitatea lor ar putea supraîncărca instanțele deja împovărate și posibila necunoaștere a instanțelor în problemele care apar adesea – începând cu probleme de conflict de legi care pot conduce la aplicarea unei legi străine sau alte aspecte în diverse materii în care arbitrii sunt în principiu deja profesionalizați – poate conduce la proceduri îndelungate și ineficiente.

Drumul spre Predictibilitate – instrumente și aspecte ilustrative

Datorită pregătirii juridice și în general a experienței pe care se presupune că au acumulat-o deja, s-a dovedit că avocații care sunt implicați într-un proces arbitral comit mai puține erori în provocarea de a face față predicției unui caz. Dar în ceea ce le privește pe părți, care sunt în general oameni de afaceri, una dintre preocupările acestora referitor la acceptarea soluționării litigiilor prin arbitraj este sentimentul că nu sunt destul de siguri în ce întâlnesc în această procedură și cum urmează aceasta să se desfășoare. Această percepție foarte probabil se bazează pe faptul că arbitrii aleși să judece litigiile nu ar putea împărtăși ipotezele și așteptările fiecăreia sau poate chiar a ambelor părți cu privire la modul în care se va desfășura procesul arbitral.

Culturile diferite generează așteptări diferite, astfel încât procedurile diferă – cel mai vizibil se observă aceste aspecte în ceea ce privește natura și amploarea dezvăluirii înainte de audiere și modul în care se desfășoară audierile, modul în care sunt pregătite și depuse memoriile scrise, depozițiile și expertizele, modul de administrare și alcătuire a probatoriului, în general aplicarea celor mai moderne și actuale metode de eficientizare a procedurii, multe dintre părți și avocații lor fiind în necunoștință de cauză sau prea puțin familiarizați cu acestea.

Audierea prealabilă privind probatoriul (sau descoperire, divulgare – *discovery*, un cuvânt frecvent considerat drept o anatemă de către arbitrii europeni) este un element important al disputei, deoarece poate fi foarte costisitor și consumator de timp și deoarece prezența sau absența acesteia poate fi extrem de dezamăgitoare pentru părțile care își asumă că va fi sau nu acceptată (sau doar într-o măsură limitată)¹⁰.

Alte dezvoltări semnificative pot fi legate de utilizarea sofisticată și eficientă a managementului probatoriului, a facilităților moderne de conferință video sau telefonică, acordarea rapidă și fără formalități suplimentare a măsurilor provizorii, confidențialitatea procedurilor, conexarea dosarelor, intervenția și aderarea terților în procedura arbitrală.

Diverse încercări pentru a face procedura predictibilă și mai flexibilă pot fi în același timp păstrarea cât mai simplă a formulării convențiilor arbitrale utilizând modelele standard propuse de instituțiile arbitrale alese, găsirea și furnizarea cât mai facilă a informațiilor necesare pentru alegerea arbitrilor cei mai potriviți, eventual prin accesarea și oferirea de baze de date dedicate, prin acordarea de prioritate experienței și a abilităților arbitrilor.

Totodată am arătat deja că se discută foarte mult despre modernizarea regulilor ce urmează a fi aplicate în procedura arbitrală pentru a le eficientiza cât mai mult. Eforturi susținute ale majorității instituțiilor arbitrale au fost făcute în acest sens, pentru a veni în întâmpinarea utilizatorilor care solicită stabilirea unei ordini procedurale clare și a unui calendar de lucru și a altor instrumente dedicate eficientizării procedurii. Pentru a răspunde acestor problematici a apărut un nou instrument *soft law* dedicat administrării eficiente a probatoriului și procedurii arbitrale în general. În acest sens, și eventual pentru a fi folosite mai ales în completarea unor reguli instituționale care nu au apucat încă să se modernizeze suficient și să țină pasul cu ultimele tendințe în domeniu, Regulile de la Praga¹¹ au fost lansate printr-o conferință internațională deosebită la finele anului trecut pe 14 decembrie 2018 la Praga¹².

Pentru a stabili un set de norme cât mai internațional și potrivit întregii comunități arbitrale privind administrarea și obținerea de probe în cadrul arbitrajului internațional bazat pe un model de procedură de investigație din sistemul de drept civil, Regulile de la Praga au fost publicate în formă de proiect foarte devreme, înainte de a se definitiva Grupul de lucru, care s-a lărgit de-a lungul timpului datorită promovării și interesului captat de acest proiect. Aceste etape preliminare au condus la lămurirea și îmbunătățirea aspectelor comentate și au contribuit semnificativ la captarea atenției, popularizarea proiectului și implicarea mai largă specialiștilor. Prin urmare s-a schimbat viziunea radicală cu care s-a început și s-au accentuat aspectele legate de eficientizare. De aceea acum se numesc „reguli de administrare

¹⁰ Astfel, ca exemplu, o parte americană care acceptă să arbitreze un litigiu în Elveția ar putea fi nevoită să prezinte o cerere sau să se apere în fața unui arbitru elvețian a cărui presupunere procedurală este că nu ar trebui permisă nicio divulgare. Pe de altă parte, o parte elvețiană se poate afla în fața unui președinte al tribunalului american de arbitraj a cărui ipoteză operațională este că părțile, cel puțin, se vor angaja într-un schimb amplu de documente. Nu numai că aceste atitudini pot fi surprinzătoare, dar pot avea și consecințe importante și mai ales diferite pentru rezultatul arbitrajului.

Desigur, ambele părți pot conveni asupra scopului descoperirii după apariția litigiului. Dar o parte poate adesea să întrevadă avantajul său de a lua o poziție opusă celeilalte părți. O parte poate avea documente și înregistrări pe care să nu dorească să le divulge și este dispusă să renunțe la accesul documentelor celeilalte părți pentru a evita să-și expună propriile înregistrări la examinare. Cealaltă parte ar putea dori descoperirea deoarece nu are prea multe informații, dar speră că va beneficia de documentele celeilalte părți. Înainte de a putea să vadă arbitrul toate aceste informații și să se afle care sunt predilecțiile sale, părțile ar putea să nu știe ce tip de regim de descoperire va fi aplicat și cum va funcționa. Iar când au intrat în acordul lor care conținea convenția arbitrală, părțile ar fi putut să nu aibă o înțelegere realistă a modului în care ar fi tratată dezvăluirea prealabilă în cazul lor.

¹¹ <https://praguerules.com/>. The Prague Rules sunt nominalizate în 2018 la premiul „Cea mai bună inovație în arbitraj” (Global Arbitration Review), vot care se află în prezent (15 martie 2019) în desfășurare.

¹² <http://gar.live/prague2018>.

eficientă a procedurilor în arbitrajul internațional” și titlul nu se mai focusează pe administrarea probatoriului în sistemul inchizitorial specific dreptului civil. Având în vedere toate acestea, autorii Regulilor de la Praga, printre care am avut și eu onoarea de a face parte, consideră că elaborarea unui nou set de regulilor destinate administrării eficiente a probelor și a procedurii în genere, care se bazează pe modelul de procedură de investigație specific modelului dreptului procedural civil, ar spori rolul mai activ al tribunalelor arbitrale și ar contribui la sporirea eficienței arbitrajului internațional. Prin adoptarea unei abordări mai incisive și pragmatice a tribunalului arbitral, noile norme vor ajuta părțile și tribunalele arbitrale să reducă durata și costurile arbitrajului. Regulile de la Praga adună sau codifică pur și simplu aceste tehnici de eficientizare mai moderne într-un singur document, inițiind o nouă reglementare *soft law*. Având în vedere că Regulile tratează în principal problematica administrării probatoriului în arbitrajul internațional, este important de înțeles că Regulile de la Praga nu au fost menite să înlocuiască Regulile IBA privind administrarea probatoriului în arbitrajul internațional¹³ sau să sugereze modalități mai bune de a organiza și de a conduce un arbitraj decât cele care se folosesc deja în practică, ci doar le-a enumerat în cadrul unui singur set de astfel de tehnici pentru a completa regulile de procedură aplicabile, mai ales când nu sunt actualizate conform tendințelor actuale în domeniul eficienței.

În ceea ce privește ghidurile și liniile directoare emise de diverse instituții în materie, care evident aduc un aport considerabil prin alegerea aplicării lor la garantarea predictibilității procedurii, percepția generală s-a dovedit pozitivă, cum că ar exista o cantitate adecvată de reglementări (deși în jur de o treime dintre cei chestionați în diverse sondaje¹⁴ au considerat că este chiar excesivă reglementarea). Cele mai apreciate și utilizate ghiduri sunt IBA Rules on Taking of Evidence, IBA Guidelines on Conflicts of Interest, UNCITRAL Notes on Organizing Arbitration Proceedings, IBA Guidelines on Party Representation, ICC In-House Guide of Effective Management of Arbitration, ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on Conduct of the Arbitration.

Una dintre problemele importante ridicate de utilizatorii de arbitraj rămâne alocarea costurilor în procedura arbitrală pentru a crește predictibilitatea și acceptabilitatea costurilor finale. Având în vedere că arbitrajul este procesul părților și până la urmă acestea sunt cele care vor plăti întreg procesul arbitral, diverse aspecte sunt demne de a fi luate în seamă când se discută despre predictibilitate. Câteva dintre acestea au fost amintite mai sus, dar mai există și alte aspecte care pot contribui la obținerea acestui scop.

Legea aplicabilă aleasă (sau nu!) de părți este importantă pentru construcția întregului contract dar și a convenției arbitrale, de vreme ce principiul separabilității (autonomiei) convenției arbitrale este unul dintre cele mai importante în arbitraj pentru stabilirea competenței tribunalului arbitral. Prin alegerea unei anumite legi trebuie înțeles că acesta se va aplica și pentru interpretarea contractului, pentru stabilirea răspunderii și a limitărilor dar și pentru considerarea dispozițiilor legale imperative care vor face parte din ordine publică și deci peste care nu se poate trece. Legături importante se fac între sediul arbitrajului, locul executării hotărârii arbitrale și țările de origine ale părților și arbitrilor. Toate acestea trebuie avute în vedere pentru a se pronunța o hotărâre executorie, astfel că identificarea și stabilirea legii aplicabile au un rol important în asigurarea predictibilității.

Un al aspect care contribuie la formarea predictibilității este legat de informația și așteptările pe care le au părțile pe de o parte și arbitrii, pe de alta. Aceasta deoarece fiecare are anumite așteptări de comportament procedural în funcție de circumstanțele fiecărui caz în parte și de înclinațiile, independența și imparțialitatea arbitrilor în general. Posibilitatea de a le prevedea devine un element important în determinarea predictibilității, bineînțeles în măsura în care și există informații corecte de la care se pleacă.

În general, în alegerea arbitrilor, părțile se bazează pe experiența anterioară personală și din auzite, acestea fiind considerate sursele cele mai de încredere. Se lucrează intens la implementarea unor astfel de baze de date/chestionare standardizate care să conțină informații cât mai complete, actualizate și ample pentru o varietate și diversitate de arbitri. Chiar zilele acestea s-a lansat și în România chestionarul Prof. Catherine Rogers, AIQ, care își propune creșterea transparenței și diversității în numirea arbitrilor. Acest proiect constă în colectarea sistematică, în mod confidențial, prin intermediul unui chestionar (AIQ), de informații despre modul în care arbitrii gestionează cazurile avute și procesul decizional. Ulterior, se emite un raport (care va fi făcut public cu acceptul arbitrului) și va permite evaluarea obiectivă a activității aceluia arbitru pentru numiri viitoare¹⁵. Desigur că anumite informații pot fi considerate

¹³ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration,

<https://www.google.ro/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjkuNKxhf7eAhVDAhAIHdw9BfIQFjAAegQICBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentUId%3D68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC&usq=AOvVaw3HzXoVle-Dn3sPkjBUdWRb>.

¹⁴ <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2018/>; <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>; Acesta este cel de-al optulea studiu empiric internațional privind arbitrajul desfășurat de Școala de Arbitraj Internațional de la Universitatea Queen Mary din Londra; Studiul analizează evoluția arbitrajului internațional ca sistem: trecut, prezent și viitor. Sondajul vizează cercetarea sentimentului comunității internaționale de arbitraj în ansamblul său, și nu doar opiniile unui anumit grup din cadrul acestuia; A se vedea și 2015 International Arbitration Survey undertaken by the School of International Arbitration, Queen Mary University of London, p. 22, <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>.

¹⁵ Campania AIQ pentru Europa Centrală și de Est s-a desfășurat la începutul lunii martie 2019 și în România. Arbitrator Intelligence (AI) este un ONG afiliat Penn State University, USA, nominalizat în 2017 la premiul „Cea mai bună inovație în arbitraj” (Global Arbitration Review), al cărei scop principal este completarea cât mai vastă a chestionarului AIQ lansat încă din 2017. Aceasta se poate completa de către părți, avocați,

mai relevante decât altele și cantitatea de astfel de date colectată poate caracteriza și ștampila (sau clasa) într-un anumit mod un arbitru și această standardizare este evident de evitat, dar modul în care arbitrii gestionează așteptările părților trebuie să se adapteze la fiecare situație în parte și totodată să se acomodeze la aceasta fără însă a știrbi eficiența și rolul lor activ de a administra procedura în acord cu principiile aplicabile unui proces echitabil.

Conducerea eficientă a procedurii, alături de conferința de gestionare inițială și altele asemenea discuții consultative care pot fi necesare, cum ar fi înainte de ședința de arbitrare pentru lămurirea și trasarea ideilor principale care urmează a fi discutate în mod deosebit, contribuie în mod definitiv la posibilitatea părților de a prevedea pașii de urmat, timpul și costurile necesare acestui demers.

Prin urmare, în îndeplinirea dezideratelor privind eficiența, flexibilitatea și predictibilitatea procedurii arbitrale ar fi indicat ca arbitrii și avocații părților să se gândească mereu cu grijă și cu mintea deschisă la tipul de procedură care este adecvată și necesară pentru soluționarea unui anumit conflict. Totodată, aceasta înseamnă că nu este recomandabil ca orice proces arbitral să înceapă cu formularul standard corespunzător PO1¹⁶ fără a se discerne. Acest ordin procedural necesită să fie adaptat și actualizat la circumstanțele particulare ale cazului respectiv și nu luate ca atare toate prevederile fără a se evalua în ce măsură sunt într-adevăr necesare și utile pentru buna funcționare și organizare a procedurii. În cadrul acestui document, care se emite de tribunal la începutul procedurii, se stabilește un set de reguli cu rolul de a determina un cadru predictibil de desfășurare a procesului și de a previziona posibilele rezultate privind costurile arbitrajului, problema atât de spinoasă și de interes pentru părți când se discută despre predictibilitate. În alcătuirea unui asemenea ordin procedural deschizător de drumuri, este necesar să se asigure o balanță¹⁷ între cantitatea de reglementare (fără a se exagera cu implementarea și îngrădirea laolaltă a tuturor standardelor existente în materie) și flexibilitate (revizuirea și adaptarea regulilor de adoptat pentru a lăsa suficient loc și a acorda atenția cuvenită așteptărilor părților).

Calendarul procedural care se stabilește de obicei cu aceeași ocazie și datele limită de depunere a memoriilor și probelor ajută de asemenea la o mare bună predicție a timpului necesar unui astfel de proces. Se pot stabili și limitări privind numărul de pagini a memoriilor sau a prezentării probatorului relevant și util, precum și o serie de alte aspecte care să organizeze optim o procedură mai edificatoare și concludentă, cum ar fi posibilitatea de a bifurca procedura și de a pronunța hotărâri parțiale, de a apela la experți numiți direct de tribunal sau chiar de a aplica diverse tipuri de proceduri preliminare, simplificate sau accelerate (depinde de regulile arbitrale aplicabile cazului).

Concluzii

Deoarece normele de procedură civilă promovează predictibilitatea, predictibilitatea procedurală este cea asupra căreia este esențial să se focuseze atenția pentru a se evita incertitudinea și a se eficientiza procesul. Scopul acestei lucrări este să demonstreze că deja există suficiente instrumente procedurale efective, diverse și variate care să poată asigura acest aspect, pentru a conferi structură și eficiență procedurii arbitrale. Numai să fie într-adevăr utilizate. Corect și cu bună-voință. Implementarea acestor mecanisme adesea se dovedește dificilă în practică și este zădărnicită de tacticile de gherilă folosite de avocații părților care doresc să își asigure cât mai multe venituri în detrimentul evoluției arbitrajului spre competitivitate și o reală dezvoltare.

Previzibilitatea și coerența luării deciziilor arbitrale pot fi găsite în cadrul principiului statului de drept și acestea sunt elemente pe care se bazează frecvent publicul larg pentru a evalua corectitudinea și legitimitatea unui sistem judiciar. Aderarea la aceste principii favorizează încrederea indivizilor în sistem și determină utilizarea extinsă a arbitrajului, care depinde de încrederea oferită în această metodă alternativă de soluționare a disputelor. Prin crearea unor proceduri arbitrale eficiente, coerente, transparente, moderne și predictibile s-ar putea determina apelarea în condiții mai sigure la arbitraj, s-ar putea diminua conflictele juridice și s-ar putea genera crearea unei linii uniforme de hotărâri. Așadar prin aplicarea efectivă a instrumentelor menționate, de către tribunale pro-active fără teama încălcării principiilor unui proces echitabil (*due process paranoia*), s-ar putea elimina un număr enorm de puncte controversate, ceea ce ar conduce la mai puține argumente și discuții necesare, deci la creșterea eficienței timpului și costurilor necesare în soluționarea litigiilor arbitrale.

și alte persoane care au cunoștință oficial despre arbitrajul în cauză (exceptând arbitrii și secretarii arbitrali). Identitatea celor care completează chestionarul AIQ este păstrată confidențial de AI. <https://www.arbitratorintelligence.org/>; A se vedea Catherine A. Rogers, *Arbitrator Intelligence: From Intuition to Data in Arbitrator Appointments*, New York Dispute Resolution Lawyer Volume 11 No. 2 (Spring 2018), Penn State Law Research Paper No. 3-2018, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3113800.

¹⁶ PO1 este în general primul ordin procedural (sau încheiere cum este termenul utilizat la noi) care setează cadrul procesual în baza căruia sunt convenite regulile aplicabile și toate aspectele care ușurează și determină o mai bună gestionare și conducere a procedurii respective în acord cu legea și normele aplicabile. Importanța acestui PO1 este îndelung dezbătută și utilizată în practică și în acest scop au ajuns să se folosească forme standardizate din ce în ce mai voluminoase și generalizate, atotcuprinzătoare, care nu se mai adaptează corespunzător cazului, astfel că a devenit de o reală importanță setarea corectă a elementelor de bază prin ajustarea și nu îngreunarea procedurii. Aceasta se realizează și prin considerarea tuturor elementelor care se pot baza pe diverse *soft law* (ghiduri de bună practică) și modul în care urmează tribunalul să conducă procedura, un calendar procedural și modul de alocare al costurilor la finalul arbitrajului.

¹⁷ Roman Prekop, Lisa Beisteiner, *Procedural Order No. 1*, Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, p. 134.

ADUNAREA GENERALĂ A ASOCIAȚILOR – EVOLUȚIE JURISPRUDENȚIALĂ

Assembly Associations. The Evolution of Jurisprudence

Dragoș DAGHIE*

Rezumat: Schimbările legislative relativ recente în domeniul dreptului privat au adus modificări atât Dreptului comercial dar au determinat și adaptări ale practicii judecătorești în această materie societară.

Intrarea în vigoare a noului Codului civil a determinat abrogarea Codului comercial dar și modificarea Legii nr. 31/1990 privind societățile (comerciale). De asemenea, Codul civil 2011 a prevăzut în cuprinsul său dispoziții oarecum atipice pentru relațiile dintre privați aceasta reprezentând o optică forțată de a unifica și nivela toate relațiile sociale din cadrul dreptului privat.

Așadar, actualmente, în spiritul principiului monist susținut la începutul vieții noului Cod civil, regăsim articole care tratează adunarea generală, prevederi temerare pentru simplii privați dar care, astfel cum lesne se poate observa, au fost preluate din reglementările comerciale – Codul comercial și Legea nr. 31/1990.

Din punct de vedere evolutiv, Codul comercial 1887 cuprindea în art. 77-220 dispoziții referitoare la societăți și, în particular, art. 156-165 tratau adunările generale societăților în comandită pe acțiuni și societăților anonime.

Prevederile Codului comercial au fost abrogate de Legea nr. 31/1990 care, în forma sa inițială, reglementa în art. 110 și următoarele materia adunărilor societății pe acțiuni existând și dispoziții speciale în funcție de fiecare formă de societate în parte.

Cuvinte-cheie: adunare generală, asociați, jurisprudență.

Abstract: Relatively recent legislative changes in the field of private law have resulted both in changes in commercial law, and in adjustments of the judicial practice on such corporate matters.

The entry into force of the new Civil Code has determined the repeal of the Commercial Code and the amendment of Company Law No 31/1990. Furthermore, the 2011 Civil Code has included somewhat atypical provisions for the relationships between private parties, which represent a forced perspective aiming at unifying and levelling all corporate relationships under private law.

Thus, in line with the monistic principle applied in the early days of the new Civil Code, there are currently articles which deal with the general meeting, bold provisions concerning private parties, which as it can be easily noted, have been taken from commercial regulations – Commercial Code and Law No 31/1990.

From an evolving point of view, the 1887 Commercial Code included, under Articles 77 to 220, provisions regarding companies, while Articles 156 to 165 particularly dealt with the general meetings of partnerships limited by shares and public limited companies.

The provisions of the Commercial Code were repealed by Law No 31/1990, which, in its initial form, regulated, under Article 110 and the following articles, the meetings of joint-stock companies, while also including special provisions depending on each type of company.

Keywords: general meeting, shareholders, case-law.

1. Considerații introductive

Schimbările legislative relativ recente în domeniul dreptului privat au adus modificări atât Dreptului comercial dar au determinat și adaptări ale practicii judecătorești în această materie societară.

Intrarea în vigoare a noului Codului civil a determinat abrogarea Codului comercial dar și modificarea Legii nr. 31/1990 privind societățile (comerciale). De asemenea, Codul civil 2011 a prevăzut în cuprinsul său dispoziții oarecum atipice pentru relațiile dintre privați aceasta reprezentând o optică forțată de a unifica și nivela toate relațiile sociale din cadrul dreptului privat.

Așadar, actualmente, în spiritul principiului monist susținut la începutul vieții noului Cod civil, regăsim articole care tratează adunarea generală, prevederi temerare pentru simplii privați dar care, astfel cum lesne se poate observa, au fost preluate din reglementările comerciale – Codul comercial și Legea nr. 31/1990.

Din punct de vedere evolutiv, Codul comercial 1887 cuprindea în articolele 77-220 dispoziții referitoare la societăți și, în particular, art. 156-165 tratau adunările generale societăților în comandită pe acțiuni și societăților anonime.

* Lect. univ. dr., Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, Facultatea de Științe Juridice, Sociale și Politice, Departamentul de Științe Juridice; e-mail: dragos.daghie@ugal.ro.

Prevederile Codului comercial au fost abrogate de Legea nr. 31/1990 care, în forma sa inițială, reglementa în art. 110 și urm. materia adunărilor societății pe acțiuni existând și dispoziții speciale în funcție de fiecare formă de societate în parte.

Actualmente, regăsim în Codul civil, astfel cum am menționat, articole care tratează chestiunea adunărilor generale, art. 1910-1912, regăsind inclusiv posibilitatea ca asociatul nemulțumit de hotărârea luată în adunarea asociaților cu o majoritate, deși nu se indică și eventuale motive pentru care se poate ataca o astfel de hotărâre.

2. Despre adunările generale

Astfel cum este unanim acceptat, adunările generale reprezintă organul deliberativ al societăților care contribuie la formarea voinței sociale, societatea neavând o existență materială ci trăind prin intermediul organelor sale (adunarea generală, organele executive și structurile de control).

În reglementarea actuală, potrivit art. 110 alin. (1) din Legea nr. 31/1990 adunările generale sunt ordinare și extraordinare, soluție ce nu a cunoscut schimbări față de prevederile Codului comercial care în art. 156 conținea aceeași formulare.

Pe lângă cele două categorii de adunări generale, reglementarea mai recunoaște și adunarea mixtă, adunarea specială și adunarea specială.

Astfel, potrivit art. 96 din Legea nr. 31/1990, există posibilitatea ca titularii fiecărei categorii de acțiuni să se reunească în adunări speciale¹, în condițiile stabilite de actul constitutiv al societății, orice titular al unor asemenea acțiuni putând participa la aceste adunări.

Cu titlu de excepție, avându-se în vedere unicitatea ei, legea societăților comerciale prevede și adunarea constitutivă² în art. 20: „*Cel mai târziu în termen de 15 zile de la data închiderii subscrierii, fondatorii vor convoca adunarea constitutivă, printr-o înștiințare publicată în Monitorul Oficial al României, Partea a IV-a, și în două ziare cu largă răspândire, cu 15 zile înainte de data fixată pentru adunare. Înștiințarea va cuprinde locul și data adunării, care nu poate depăși două luni de la data închiderii subscrierii, și precizarea problemelor care vor face obiectul discuțiilor*”³.

Pe lângă cele patru categorii de adunări generale reglementate de legea societăților, doctrina și practica societară a creat adunarea mixtă⁴ care reprezintă, de fapt, convocare și ținerea concomitent a adunării generale ordinare și extraordinare. Această adunare generală mixtă trebuie, însă, să îndeplinească condițiile specifice fiecărei adunare generală care o compune, respectiv adunarea generală ordinară și extraordinară.

În decursul existenței societății (comerciale) reglementate de Legea nr. 31/1990, atât doctrina cât și jurisprudența au dezbătut probleme de natură juridică ce s-a ridicat ca urmare a vieții societare. Fără a avea intenția de a epuiza toate situațiile ce au născut controverse, dezbateri sau interpretări, încercăm prezentarea unor chestiuni ce au făcut obiectul unor hotărâri judecătorești și care au interpretat normele ce se aplică adunărilor generale.

A. Astfel cum am anticipat în cele expuse anterior, o primă problemă ce poate suscita discuții se referă la ținerea adunărilor mixte.

Legea nu cuprinde reglementări referitoare la această modalitate de a ține o singură ședință a adunării generale care să trateze probleme ce ar atrage, în mod normal, competența fie a adunării generale ordinare fi a celei extraordinare. În această notă a stabilit și jurisprudența⁵ care a arătat că adunarea generală poate adopta decizii ce ar fi în competența atât a adunării generale ordinare dar și a celei speciale în aceeași ședință cu condiția respectării cerințelor de convocare, cvorum și majoritate specifice fiecărei adunări.

¹ A se vedea și St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, (citât în continuare *Tratat 2009*), p. 240; L. Săuleanu, *Societățile comerciale. Adunările generale ale acționarilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 85

² Deși legea prevede această adunare constitutivă în cazul societății pe acțiuni sau în comandită pe acțiuni constituite prin subscripție publică, nimic nu interzice ca această adunare să existe în cazul tuturor formelor de societate. Pentru un punct de vedere potrivit căruia adunarea generală constitutivă nu este o veritabilă adunare generală a se vedea St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *Legea societăților comerciale. Comentariu pe articole*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2009 (citât în continuare *LSC4*), p. 147-148 și 387.

³ Legea nr. 31/1990 prevede în art. 20 cadrul legal al adunării constitutive în cazul societăților pe acțiuni care se constituie prin subscripție publică.

În mod asemănător cu adunarea specială, adunarea constitutivă nu este un organ de conducere al societății fiind doar o întrunire a subscriitorilor la convocarea fondatorilor care vor stabili și ordinea de zi.

⁴ Din punct de vedere legal nu există nicio dispoziție a legii societății care să interzică în vreun fel ținerea celor două adunări în același timp. Având în vedere caracterul permisiv al normelor juridice specific dreptului privat, rezultă fără îndoială că legiuitorul a permis tacit ca cele două adunări să poată să aibă loc deodată ceea ce ar scuti societatea de cheltuielile aferente convocării separate a celor două adunări dar și o economie de timp. În acest sens – C.A. Pitești, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 10/R/C/2003 în Pandectele Române nr. 6/2003, p. 96 *apud* C. Cucu, M. Gavriș, C. Bădoiu, C. Haraga, *Legea societăților comerciale nr. 31/1990, repere bibliografice, practică judiciară, decizii ale Curții Constituționale, adnotări*, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 198. A se vedea și St.D. Cărpenaru, *Tratat 2009*, p. 243; St.D. Cărpenaru, S. David, C. Predoiu, Gh. Piperea, *LSC4*, p. 388.

⁵ C.A. Pitești, s. com. și de cont. adm., dec. nr. 10/R/C/2003 în Pandectele Române nr. 6/2003, p. 96, *apud* C. Cucu, M. Gavriș, C. Bădoiu, C. Haraga, *op. cit.*, p. 198.

Această soluție a fost confirmată jurisprudențial de Înalta Curte de Casație și Justiție⁶ care a arătat că nu se impune anularea hotărârii adunării generale ordinare chiar dacă unele hotărâri formal trebuiau adoptate în adunarea generală extraordinară, conform art. 113 din Legea nr. 31/1990, din moment ce au fost îndeplinite toate condițiile unei adunări generale extraordinare, respectiv condițiile de cvorum (participare 93,85% din capitalul social) iar votul a depășit ½ din capitalul social.

B. Cu privire la dreptul de informare al acționarilor, prin Legea nr. 441/2006 a fost introdus art. 117² care la alin. (2) prevede că în situația în care societatea deține o pagină de internet proprie, convocarea, orice alt punct adăugat pe ordinea de zi la cererea acționarilor, precum și documentele prevăzute la alin. (1) al acestui articol se publică și pe pagina de internet, pentru liberul acces al acționarilor.

Această chestiune a primit o dezlegare diferită din partea Înaltei Curți de Casație și Justiție, interpretări diametral opuse, după cum urmează.

Prin decizia nr. 2209/2012, secția a II-a civilă a păstrat decizia Curții de Apel prin care s-a arătat că dispozițiile textului menționat (referitor la publicarea pe pagina proprie de internet) nu sunt imperative, neîndeplinirea lor neatrăgând nulitatea hotărârii adoptate.

Pe de altă parte, prin decizia nr. 865/2012, secția a II-a civilă a păstrat hotărârile Tribunalului și ale Curții de Apel în cuprinsul cărora se arată că pagina de internet a societății pârâte nu conținea informațiile impuse de lege, nefiind respectat dreptul de informare al acționarilor, dreptul la informare al acestora fiind în mod flagrant încălcat, în consecință, dispunându-se anularea hotărârii adunării generale a acționarilor societății.

Ceea ce trebuie subliniat este modul în care legiuitorul a formulat textul art. 117² alin. (2) din Legea nr. 31/1990 în cuprinsul căreia se arată că informații se publică și pe pagina de internet, fără a insera vreo facultate în luarea acestei decizii sau vreo opțiune pe care să o fi lăsat la aprecierea societății. Drept urmare, apreciez că interpretarea corectă este ce în sensul în care informațiile trebuie publicate pe pagina de internet, în măsura în care societatea deține o astfel de pagină, tocmai pentru a veni în sprijinul informării acționarilor despre problemele ce se vor discuta la adunarea generală. Omisiunea publicării pe pagina de internet nu reprezintă altceva decât „tănuirea” acestor date cu scopul vitregirii acționarilor și încălcarea dreptului acestora la informare.

Pe de altă parte, păstrând proporțiile și analizând în contextul anilor, Curtea de Casație a dispus anularea hotărârii adunării generale a acționarilor în măsura în care nu au fost publicate toate problemele ce urmau a se dezbate în ședința adunării⁷. Se mai arată în jurisprudența veche faptul că scopul publicării ordinii de zi este aceea ca acționarii să nu fie surprinși cu discutarea unor propuneri despre care nu au luat la cunoștință. Aceeași soluție a îmbrățișat-o și Curtea de Apel București în decizia comercială nr. 72/14.04.1926⁸ care a anulat hotărârea adunării generale pentru lipsa unor mențiuni de pe ordinea de zi.

Din păcate, nu aceeași soluție a pronunțat-o Curtea de Apel Galați care a neglijat lipsa unor mențiuni din cuprinsul ordinii de zi a ședinței adunării generale a acționarilor, respingând acțiunea în anulare ca nefondată⁹ în ciuda neîndeplinirii cerinței informării prealabile a acționarilor și cu încălcarea gravă a principiilor societare.

Într-o altă decizie¹⁰ referitoare tot la ordinea de zi a ședinței adunării generale a acționarilor, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit că nu se impune anularea hotărârii adunării pe motiv că s-a trecut în cuprinsul ordinii de zi și mențiunea că se vor discuta și remunerațiile administratorilor numiți. Astfel, instanța a stabilit că din coroborarea art. 117 alin. (7)¹¹ și art. 111 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 31/1990, rezultă că, în cauza analizată, chiar dacă în convocator nu s-a menționat pe ordinea de zi, stabilirea indemnizațiilor administratorilor, adunarea generală era obligată, conform art. 111 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 31/1990, să se pronunțe asupra acesteia, întrucât nu a fost fixată prin actul constitutiv.

Cu toate acestea, nu trebuie omis conținutul art. 117 alin. (7)¹² din Legea nr. 31/1990 care menționează că trebuie să fie precizate în convocator menționarea explicită a tuturor problemelor care vor face obiectul dezbaterilor adunării¹³. Așadar, remunerația (sau limitele acesteia) reprezintă o chestiune importantă cu privire la numirea

⁶ Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 1204/2006.

⁷ CAS. III, 9 martie 1926 în Pandectele române 1927, partea I-a, p. 248 și urm.

⁸ În Pandectele române 1927, partea II-a, p. 65 și urm.

⁹ Decizia nr. 96/2019, nepublicată.

¹⁰ Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 2144/2007: „Din coroborarea acestor dispoziții legale, rezultă că, în speță, chiar dacă în convocator nu s-a menționat pe ordinea de zi, stabilirea indemnizațiilor administratorilor, adunarea generală era obligată, conform art. 111 alin. (2) lit. c) din Legea nr. 31/1990, să se pronunțe asupra acesteia, întrucât nu a fost fixată prin actul constitutiv ... Susținerea recurentului privind nulitatea hotărârii, întrucât s-a dat cu încălcarea prevederilor art. 117 alin. (7) din Legea nr. 31/1990, cele două puncte nefiind incluse în ordinea de zi, publicată în M. Of. nr. 1381 din 27 aprilie 2005, a fost înlăturată și nu are temei legal”.

¹¹ Actualmente art. 117 alin. (6).

¹² Ibidem. A se vedea și Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 150/24.01.2008: „Art. 117 din Legea nr. 31/1990 stabilește imperativ modul în care se face convocarea adunării generale începând cu persoanele ce pot face convocare, termenul de întrunire, modul de publicare și convocare funcție de felul acțiunilor în raport și de actele constitutive, cât și situația privind propunerile de modificare a actelor constitutive”.

¹³ A se vedea și Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 2243/15.06.2010: „Potrivit art. 117 alin. (6) din Legea nr. 31/1990, convocarea trebuie să cuprindă locul și data ținerii adunării, precum și ordinea de zi, cu menționarea explicită a tuturor problemelor care vor face obiectul dezbaterilor adunării”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 2429/29.06.2006: „Cerințele convocării sunt cele prevăzute de art. 117 din Legea nr. 31/1990

administratorului aspecte ce nu trebuie să fie omise din cuprinsul convocatorului astfel încât acționarii să se poate pregăti pentru discutarea și stabilirea acestui cuantum.

C. Cu privire la convocarea adunării generale, de regulă, potrivit dispozițiilor art. 117 din legea societăților, adunarea generală ordinară se convoacă de consiliul de administrație sau de directorat ori de câte ori este necesar¹⁴.

În jurisprudența anterioară¹⁵ s-a acceptat convocarea adunării generale de către instanța judecătorească atunci când obligația convocării adunării generale revine consiliului de administrație dar, la data convocării nu mai există niciun membru al consiliului de administrație care să poată lua o astfel de decizi, aplicându-se art. 66 bis C. pr. civ. convocându-se adunarea pentru a nu se periclita drepturile societății prin lipsa unei administrațiuni.

Această decizie ne duce cu gândul la recenta decizie a Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁶ prin care instanța a hotărât că expirarea mandatului administratorului unei societăți pe acțiuni nu conduce la pierderea calității de a mai reprezenta în mod legal societatea, în condițiile în care contractul de mandat poate înceta prin revocarea mandatului de către mandant, prin renunțarea mandatarului la mandat sau insolvența mandantului/mandatarului.

În continuarea, a mai arătat instanța că în cazul în care acționarii societății nu au revocat administratorul sau nu au numit alți administratori, se consideră că acesta va continua să reprezinte societatea până la numirea altui administrator, având în vedere că legea trebuie interpretată în sensul producerii de efecte juridice, interesele bunei administrări a unei societăți comerciale pe acțiuni reclamând efectuarea oricăror acțiuni care necesită protejarea acestora.

În motivarea soluției sale, instanța a considerat că trebuie să folosească raționamentul de interpretare potrivit căruia normele trebuie interpretate în sensul în care ele să producă efecte juridice, deoarece interesele bunei administrări a unei societăți pe acțiuni reclamă efectuarea oricăror acțiuni care necesită protejarea acestora.

Am apreciat soluția găsită de instanță ca fiind greșită, astfel cum am argumentat cu o altă ocazie, motiv pentru care nu se mai impune revenirea¹⁷. Cu toate acestea, nu se poate nega existența unei anume consecvențe jurisprudențiale în ceea ce privește interesul ca societatea să beneficieze de administrare. Ar fi util să existe și o preocupare jurisprudențială dar și în domeniul practic pentru existența unei administrări calificate a societăților și nu numai îndeplinirea unei simple formalități a existenței administrării.

Între timp reglementarea a evoluat și s-au desprins în practică soluții referitoare la convocarea adunării generale și de către alte persoane decât organele executive. Cu toate acestea, nu s-a recunoscut această calitate persoanelor străine de societate, Înalte Curte de Casație și Justiție dispunând în sensul în care lipsa calității de acționar nu obligă cu nimic societatea să dispună convocarea acestuia la lucrările sale conform art. 117 din Legea nr. 31/1990, interesul invocat de acesta fiind altul decât cel care rezultă din calitatea de acționar și care să-i dea dreptul de a contesta chestiuni legate de organizarea și funcționarea societății, convocarea asociațiilor și cvorumul necesar pentru validitatea adoptării hotărârilor¹⁸.

Pe de altă parte, într-o decizie a instanței supreme¹⁹, se arată că în principiu, reglementarea cu privire la convocarea adunării generale și la publicitatea acesteia are caracter imperativ în sensul în care ele trebuie să existe în conformitate cu prevederile legale, respectiv cu prevederile art. 117 din Legea societăților²⁰. Numai că, nu toate

ori, în speță se constată că nu a avut loc o convocare a asociațiilor în vederea adoptării hotărârii din 4 aprilie 2005, consecința fiind în acest caz nulitatea hotărârilor adoptate”.

¹⁴ Anterior modificărilor aduse prin Legea nr. 441/2006 inițiativa convocării adunării generale ordinare aparținea administratorilor. Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 163/16.01.2007: „administratorilor societății... le incumbă obligația de a convoca A.G.A. conform art. 117 din Legea nr. 31/1990”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 3165/17.10.2007: „Referitor la încălcarea dispozițiilor din lege legate de regulile privind organele competente să convoace A.G.O.A. și condițiile convocării se constată că, prin adresa nr. 105587 din 5 mai 2005 a O.R.C., s-a confirmat calitatea de administrator a numitei B.E., recurenta reclamantă nefăcând o dovadă contrară acestei evidențe că administratorul a fost înlocuit (revocat) anterior convocării A.G.O.A. Cât privește condițiile convocării, instanța a analizat în limitele investirii instanței de fond cu respectarea principiului disponibilității criticile aduse sub acest aspect și care nu au privit decât publicarea convocării în M. Of., or o asemenea dovadă trebuie considerat că există, dovada plății publicării fiind concludentă sub acest aspect”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 334/31.01.2006: „Prevederile art. 117 din Legea nr. 31/1990, stabilesc convocarea de către administratori a adunării generale în conformitate cu dispozițiile actului constitutiv, în cuprinsul căreia se va menționa locul și data ținerii adunării, ordinea de zi cu menționarea explicită a tuturor problemelor care vor face obiectul dezbaterilor adunării”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 4048/11.12.2007: „Prevederile art. 117 din Legea nr. 31/1990 obligă administratorii societății comerciale să convoace adunarea generală în condițiile și cu respectarea termenelor prevăzute de lege și actul constitutiv”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 720/05.03.2009: „Conform art. 117 din Legea nr. 31/1990 privind societățile comerciale, adunarea generală va fi convocată de administratori de câte ori va fi nevoie”.

¹⁵ C.A. București II, 16 decembrie 1930 în Pandectele române 1931, partea III-a, p. 21 și urm.

¹⁶ Î.C.C.J. decizia nr. 920 din 25 martie 2015.

¹⁷ D. Daghe, *Considerații cu privire la expirarea mandatului și posibilitatea prelungirii de drept a puterii de reprezentare a mandatarului potrivit noului Cod civil*, articol prezentat la Conferința „Intrarea în vigoare a noilor coduri. O primă evaluare”, organizată de Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, București, 2016. Pentru o opinie în același sens a se vedea și Piperea P., Dan R., *Expirarea mandatului administratorului are ca efect încetarea prerogativei reprezentării*, articol consultat la adresa <http://www.juridice.ro/405829/expirarea-mandatului-administratorului-are-ca-efect-incetarea-prerogativei-reprezentarii.html>.

¹⁸ Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 265/26.01.2010.

¹⁹ Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 3241/08.12.2009.

²⁰ Pentru alte soluții ale aceleiași instanțe, a se vedea și Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 549/06.02.2007; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 1306/22.03.2007: „În speță, convocatorul a fost incomplet în ceea ce privește mențiunile referitoare la data aprobării imobilului, valoarea activului, ponderea

dispozițiile acestui articol structurate în cele nouă aliniate au caracter imperativ, parte din acestea având caracter dispozitiv, lăsând acționarilor posibilitatea de a deroga de la ele prin actul constitutiv sau prin hotărâri ale adunărilor generale, opinie cu care nu sunt de acord, întrucât, astfel cum se arată într-o altă decizie a Înaltei Curți²¹ dispozițiile legale care reglementează modalitatea de convocare a adunării generale și publicitatea convocării au în vedere protecția acționariatului societății, deci, cumva un interes general, astfel cum am arătat în cele ce preced.

De asemenea, se mai arată²² că cerințele prevăzute de art. 117 alin. (6) din Legea nr. 31/1990 sunt sancționate, în caz de încălcare, cu nulitatea absolute, ceea ce contrazice calificarea acestor cerințe ca având un caracter permisiv.

3. Concluzii

Din exemplele pe care le-am prezentat a reieșit o contribuție evidentă a jurisprudenței întru îmbunătățirea practicii societare deși există clare și numeroase situații de inconsecvență a soluțiilor pe care instanțele le-au pronunțat în aceeași materie.

Trebuie subliniat și că în anumite domenii întâlnim o jurisprudență constantă de aproape 100 de ani ceea ce, nespecific dreptului comercial (caracterizat prin rapiditate, schimbare și dinamicitate) ar trebui să bucure prin prisma stabilității.

Bineînțeles că, precum întâlnim în numeroase domenii ale științei dreptului, și materia societară poate beneficia de numeroase îmbunătățiri dar și de o constanță a soluțiilor.

acestui în patrimoniul societății, modalitatea de vânzare precum și prețul minim de pornire a negocierilor”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 2632/30.09.2008: „În această situație, având în vedere că nerespectarea dispozițiilor imperative ale art. 117 din Legea nr. 31/1990, privind formalitățile de convocare a A.G.A., care nu au putut fi combătute în niciun fel de recurenta-pârâtă atrage nulitatea absolută, se constată că instanțele au făcut o corectă aplicațiune a prevederilor legii, dispunând anularea lor”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 2824/13.05.2005: „De asemenea sunt justificate și criticile privind modul cum a fost comunicat convocatorul prin omiterea menționării explicite a tuturor problemelor care fac obiectul dezbaterii adunării întrucât vânzarea unor active conduce la modificarea actului constitutiv, situație în care potrivit art. 117 alin. (7) și alin. (8) din Legea nr. 31/1990, precum și art. 107-108 din O.U.G. nr. 2/2002 se impunea ca, convocatorul să cuprindă textul integral al propunerilor”; Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 5910/09.12.2005: „Potrivit art. 117 din Legea nr. 31/1990 convocarea adunării generale a acționarilor unei societăți comerciale pe acțiuni trebuie să cuprindă locul și data ținerii adunării, precum și ordinea de zi, cu menționarea explicită a tuturor problemelor ce vor face obiectul dezbaterii. Așa cum a reținut și instanța de apel, ordinea de zi, ca element al convocatorului, trebuie să cuprindă mențiuni clare cu privire la problemele supuse dezbaterii, pentru ca astfel acționarii să fie în măsură să se pregătească și documenteze în scopul exprimării votului în deplină cunoștință de cauză. Din economia normei legale invocate, rezultă fără putință de tăgadă, că aceasta are caracter imperativ a cărei sancțiune, față de termenii folosiți este nulitatea absolută”.

²¹ Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 1112/02.04.2009.

²² Î.C.C.J., s. com., dec. nr. 1259/10.04.2009.

IMPACTUL JURISPRUDENȚEI LIMITATE ASUPRA FIDUCIEI ÎN DREPTUL ROMÂN

The Impact of Limited Jurisprudence on Fiducia in Romanian Law

Günay DUAGI*

Rezumat: *La o privire preliminară și superficială, un observator extern ar putea constata cu surprindere jurisprudența limitată asupra fiduciei în România deși această instituție a fost introdusă în noul drept român prin noul C. civ.¹ care a intrat în vigoare de peste 8 ani. Totuși, la o privire mai atentă și avizată se vor putea descoperi motivele care stau la baza acestei aparente lipse de conflict în domeniul fiduciar. Un motiv pentru jurisprudența limitată asupra fiduciei în România este faptul că însăși practica și folosirea acestei instituții deși în creștere este încă redusă, conform înregistrărilor din Registrul Național de Publicitate Mobiliară. Un alt motiv important este faptul că în cazul contractelor de fiducie care sunt în derulare, acestea nu au atins „maturitatea” necesară pentru a se transforma în litigii, părțile fiind încă în faza de acumulare din cauza noutății acestei instituții și a efectelor ei practice pe termen mediu și lung. De asemenea, este relevantă relația de încredere pe care ar trebui să o însușească fiduciarul dat fiind importanța operațiunilor care se desfășoară sub imperiul ei dar și calificarea pe care trebuie să o aibă fiduciarul. În privința impactului acestei jurisprudențe limitate asupra fiduciei, considerăm că acest fapt duce atât la beneficii (potențialii beneficiari câpătând încredere că nu este un contract generator de litigii) cât și la dezavantaje pentru această instituție (practicienii nu au la îndemână informații privind soluționarea litigiilor privind astfel de contracte și deci pot fi reticenți să le folosească în practică).*

Cuvinte-cheie: *jurisprudența fiduciei, practica limitată a fiduciei, impactul asupra fiduciei, contractul de fiducie, fiduciar.*

Abstract: *At a preliminary and superficial look, an external observer could find with surprise the limited jurisprudence on fiducia in Romania, although this institution was introduced into the new Romanian law by the new Civil Code which has been in force for over 8 years. However, at a closer and informed look, the reasons underlying this seeming lack of conflict in the fiduciary field will be revealed. A reason for the limited case law in Romania is that the very practice and use of this institution, although rising, is still low, according to the records of the National Register for Movable Securities. Another important reason is that in the case of fiduciary contracts that are ongoing they have not reached the „maturity” necessary to turning into litigation, the parties being still in the accumulation phase because of the novelty of this institution and its practical effects on medium and long term. Also, the relationship of trust that fiducia should inspire due to the importance of the operations that take place under its authority, as well as the qualification that the fiduciary must have, are also relevant. Regarding the impact of this limited case law on the fiducia, we consider that this leads to both benefits (potential beneficiaries gaining confidence that it is not a dispute generating contract) and disadvantages for this institution (practitioners do not have information on settling such litigation and therefore may be reluctant to use them in practice).*

Keywords: *fiduciary case law, limited fiduciary practice, fiduciary impact, fiduciary contract, fiduciary.*

1. Introducere

Fiducia a fost considerată una dintre cele mai inovative contracte aduse prin noul C. civ. datorită introducerii în dreptul din România a unei instituții moderne care este specifică unor state foarte dezvoltate atât în domeniul dreptului dar și în domeniul comercial.

Beneficiile acestei instituții sunt greu de egalat de alte contracte similare. Totuși, în pofida avantajelor evidente pe care le oferă fiducia, acest contract nu a cunoscut o dezvoltare exponențială așa cum ar fi fost normal.

Fără să intrăm în detalii privind instituția fiduciei vom arăta doar pe scurt definiția și caracterele juridice care sunt foarte importante în a înțelege de ce litigiile și jurisprudența privind fiducia este limitată.

Astfel, contractul de fiducie este definit în art. 773 C. civ.: „Fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar 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 și obligații din patrimoniile fiduciarilor”. Primul aspect care iese în evidență este faptul că fiducia are trei părți: fiduciarul, constitutorul și beneficiarul. Fiduciarul pot fi numai anumiți profesioniști precum

* Avocat, Doctorand – Școala Doctorală de Drept, Academia de Studii Economice din București; e-mail: gunayduagi@yahoo.com.

¹ Codul civil din 17 iulie 2009 (Legea nr. 287/2009 privind Codul civil), publicat în M. Of. nr. 511 din 24 iulie 2009.

instituțiile de credit, societățile de asigurare, societățile de investiții, societățile de servicii de investiții financiare (SSIF), avocații și notarii. Al doilea aspect care ține de esența fiduciei este faptul că acest contract presupune transferul de proprietate de la constitutor la fiduciar, care îl va deține pentru tot termenul contractual (maxim 33 de ani). În acest sens autorii români au indicat că „din patrimoniul constitutorului, proprietatea pleacă intactă, plenară, absolută”². În același timp la încetarea fiduciei locul fiduciarului este luat de beneficiar sau de constitutor³. Fiind un element esențial al fiduciei (cu impact și asupra litigiilor relevante) reluăm și concluzia unor autori reputați care au indicat că „numai patrimoniul este o adevărată universalitate juridică (*universum ius, universitar iuris*), iar masele patrimoniale sunt doar părți ale întregului”⁴.

În al treilea rând se poate observa flexibilitatea fiduciei în ceea ce privește obiectul său. Astfel, obiectul fiduciei poate privi drepturi de proprietate și alte drepturi reale, creanțe, contracte, sume de bani sau orice altă valoare transferabilă. De asemenea, mai menționăm faptul că fiducia se poate utiliza în multe tipuri de aplicații practice și presupune două tipuri mari în care se împart aceste aplicații: fiducia-gestiune și fiducia-garanție. În ceea ce privește puterile fiduciarului, menționăm că deși drepturile fiduciarului pot fi îngrădite, aceasta nu poate duce la efecte contrare unui raport fiduciar, așa cum se arată și în doctrina internațională⁵.

Așa cum se poate observa, complexitatea fiduciei este ridicată și atrage în acest sens multe beneficii. În plus, flexibilitatea fiduciei o face atractivă pentru domenii precum cel bancar, piața de capital, comercial dar și în relațiile de drept civil între persoane fizice în vedere garanției și administrării bunurilor.

Conform practicii judiciare din prezent complexitatea unei situații juridice poate atrage direct proporțional și dispute ale părților care duc în final la litigiu. Totuși, faptul că jurisprudența fiduciei este limitată poate fi un semnal pe care potențialii beneficiari ai acestei instituții trebuie să îl cunoască.

În același timp, în pofida avantajelor sale, utilizarea redusă a fiduciei este cauzată de anumiți factori inhibitori. Astfel, forma autentică este cerută pentru încheiere acestui tip de contract, fapt care duce la costuri și timp suplimentare. Această formalitate contribuie cu siguranță la faptul că fiducia nu este folosită la potențialul ei maxim, sau cum au menționat unii autori francezi contribuie la caracterul neexploatat al fiduciei⁶. De asemenea, formalitățile de înregistrare a fiduciei sunt extrem de numeroase. Fiducia trebuie înregistrată în Registrul Național de Publicitate Mobiliară, dar și la autoritățile fiscale. În plus, fiduciarul are multe alte obligații de informare pe care trebuie să le îndeplinească. Toate aceste acțiuni necesită costuri, timp dar și resurse specializate (avocați), iar potențialii beneficiari pot considera că ar fi mai facilă folosirea unui alt contract în detrimentul fiduciei (de exemplu, contractul de mandat sau de administrare a bunurilor altuia).

Pe parcursul acestei analize ne dorim să răspundem la următoarele întrebări: Care sunt motivele pentru care jurisprudența asupra fiduciei este limitată în România? Care este rolul jurisprudenței limitate în dezvoltarea fiduciei în România? Care sunt cazurile litigioase generate de contractele de fiducie până în prezent?

2. Jurisprudența din România în domeniul fiduciei

Informațiile privind jurisprudența fiduciei sunt destul de limitate. În pofida acestui fapt observăm o dezvoltare a acestei instituții și faptul că din ce în ce mai multe instituții financiare devin interesate de această posibilitate.

Din jurisprudența fiduciei reținem că aceasta se referă, de exemplu, la acțiuni în instanță privind înlocuirea fiduciarului și la existența sau nu a capacității procesuale a fiduciarului în procesul de insolvență. Fără a ridica probleme de drept complicate aceste cazuri indică totuși care sunt problemele cele mai „delicate” ale acestei instituții de drept.

Astfel, într-un caz supus judecării⁷, una dintre părți invoca excepția lipsei capacității procesuale a creditorului-contestator, în cazul nostru o societate de avocatură care era fiduciar. Întrând în detalii privind acest caz, observăm că se ridică o problemă importantă. Astfel, este de fapt contestată calitatea de fiduciar și capacitatea fiduciarului de a reprezenta în instanță beneficiarul masei fiduciare.

În acest caz, așa cum era de așteptat, instanța de contencios administrativ și fiscal a respins ca nefondate excepțiile invocate de intimata-creditoare printre care și cea menționată mai sus.

Astfel, conform informațiilor publice, instanța a reținut, în ce privește excepția lipsei capacității, că această excepție este nefondată întrucât, având calitate de fiduciar, în baza contractului de fiducie, cu puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare și acționând ca un veritabil și unic titular al drepturilor în cauză, așa cum prevede expres art. 784 alin. 1 C. civ., fiind înscris la masa credală, are toate drepturile recunoscute creditorilor prin Legea nr.

² Golub S., *Fiducia. Efectele contractului de fiducie*, Revista Română de Drept al Afacerilor nr. 4/2017, București, 2017, p. 78.

³ Moreanu D., *Fiducia și Trust-ul*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 123.

⁴ Stoica V., *Drept civil. Drepturile reale principale*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 9.

⁵ Douglas J., *Trusts and their equivalents in civil law systems: Why did the French introduce the fiducie into the Civil Code in 2007? What might its effects be?* QUT Law Review, Volum nr. 13, nr. 1/2013, Brisbane, 2013, p. 22.

⁶ Magali B., *La fiducie. Un potentiel inexploité*, fără detalii de publicare, articol disponibil la adresa web: <http://cnriut09.univ-lille1.fr/articles/Articles/Fulltext/75a.pdf> (ultima accesare 10.03.2019).

⁷ Decizia nr. 275/20.09.2018, emisă de Curtea de Apel Suceava, poate fi accesată la adresa web: <http://portal.just.ro/39/Lists/Jurisprudenta/DispForm.aspx?ID=1073> (ultima accesare 10.03.2019).

85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență⁸, inclusiv acela de a formula contestație întemeiată pe art. 51 alin. 6 din lege, împotriva deciziilor luate de comitetul creditorilor.

Acest caz aduce în atenție o problemă importantă a fiduciei, și anume regimul juridic al calității de fiduciar, al puterii de reprezentare, al obligațiilor acestuia și al limitelor pe care le are fiduciarul în cadrul contractului de fiducie.

Așa cum reiese și din cazul indicat și din excepția ridicată de partea adversă, calitatea și puterile fiduciarului par a fi încă neclare pentru practicienii din România. De asemenea, considerăm că nu sunt cunoscute nici limitele gestionării acestor puteri, aspect critic în asigurarea faptului că nu se încălca puterile pe care le deține de fapt fiduciarul⁹. Astfel, calitatea de fiduciar se suprapune perfect calității de proprietar pur și simplu al unui bun, cu unele nuanțe. Pe parcursul contractului de fiducie, fiduciarul se comportă ca orice proprietar în legătură cu masa fiduciară. Sunt însă două aspecte care diferențiază fiduciarul de un proprietar din altă relație de transfer de proprietate. Astfel, fiduciarul trebuie să gestioneze masa fiduciară în interesul beneficiarului și conform scopului fiduciei (în scop de garanție sau în scop de gestiune). În al doilea rând, în cazul în care fiduciarul nu își îndeplinește obligațiile din contractul de fiducie sau din lege, el poate fi tras la răspundere (dar poate răspunde numai cu bunurile din masa patrimonială proprie și nu cu bunurile din masa fiduciară rezultată din separația de patrimonii specifică acestei instituții). Se poate observa astfel îndepărtarea de la teoria unicității patrimoniale dezvoltate de Charles Aubry și Frederic C. Rau, care a fost aplicat în ultimele secole, conform căreia patrimoniul este unic, unitar și indivizibil¹⁰. În același sens indicăm și autorii români care susțin că „fiducia reprezintă o diviziune a patrimoniului”¹¹. Totuși, menționăm și faptul că există autori care au susținut că prin noua reglementare, C. civ. renunță la principiul unicității patrimoniului¹².

În ceea ce privește reprezentarea față de terți, legiuitorul a ales o soluție similară cu cea reglementată de Legea nr. 31/1990 privind societățile¹³. În acest sens, fiduciarul are putere deplină de reprezentare așa cum este prevăzut și în art. 784 alin. 1 C. civ.: „În raporturile cu terții, se consideră că fiduciarul are puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare, acționând ca un veritabil și unic titular al drepturilor în cauză, cu excepția cazului în care se dovedește că terții aveau cunoștință de limitarea acestor puteri”. Așa cum se arată în prevederea de mai sus, există posibilitatea ca regula că fiduciarul are puteri depline să fie înfrântă de voința părților printr-o prevedere expresă în contractul de fiducie. Pe de altă parte, față de celelalte părți ale contractului de fiducie (constituitorul și beneficiarul) fiduciarul nu se poate comporta ca un proprietar pur și simplu al masei fiduciare având în vedere relația de raportare a acțiunilor sale, obligația de fidelitate și de încredere care trebuie să existe în cadrul acestei instituții.

Mai menționăm că importanța acestui caz din jurisprudența română privind fiducia este una relevantă care ar trebui să contribuie la clarificarea rolului fiduciarului în angrenajul fiduciar și să ajute potențialii fiducieri prin asigurarea acestora că drepturilor lor în acest contract sunt înțelese și respectate.

Un alt caz de interes este cel în care se solicită înlocuirea fiduciarului-avocat¹⁴. Astfel, în cazul analizat instanța admite apelul și schimbă în tot sentința civilă apelată, în sensul că, admite cererea și dispune înlocuirea fiduciarului-cabinet de avocat și numirea ca nou fiduciar, a unui avocat asociat în cadrul unei societăți civile de avocați. Și această cauză aduce în lumină un alt aspect critic pentru relațiile fiduciare, și anume înlocuirea fiduciarului. C. civ. prevede în acest sens în art. 788 următoarele: „(1) Dacă fiduciarul nu își îndeplinește obligațiile sau pune în pericol interesele care i-au fost încredințate, constituitorul, reprezentantul sau beneficiarul poate cere în justiție înlocuirea fiduciarului. (1¹) Până la soluționarea cererii de înlocuire, constituitorul, reprezentantul sau, în lipsa acestora, beneficiarul va numi un administrator provizoriu al masei patrimoniale fiduciare. În cazul în care constituitorul, reprezentantul sau beneficiarul desemnează concomitent un administrator provizoriu, va prevala desemnarea făcută de constituitor ori de reprezentantul său legal. (1²) Mandatul administratorului provizoriu încetează în momentul înlocuirii fiduciarului sau în momentul respingerii definitive a cererii de înlocuire. Soluționarea cererii de înlocuire a fiduciarului se realizează de urgență și cu precădere. (2) Numirea noului fiduciar și a administratorului provizoriu poate fi dispusă de instanța de judecată numai cu acordul acestora. (3) În cazul în care instanța de judecată a numit un nou fiduciar, acesta va avea toate drepturile și obligațiile prevăzute în contractul de fiducie. (4) Constituitorul, reprezentantul acestuia, noul fiduciar sau administratorul provizoriu poate să înregistreze această modificare a fiduciei, aplicând-se în mod corespunzător dispozițiile art. 780 și 781. Înlocuirea fiduciarului se produce numai după aceasta înregistrare”.

⁸ Legea nr. 85 din 25 iunie 2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

⁹ Nolan R., *Controlling fiduciary power*, „Cambridge Law Journal”, iulie 2009, Cambridge, 2009, p. 293.

¹⁰ Aubry C., Rau F., *Cours de droit civil francais*, Seme ed., Tome 9, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Marchal et Billard, Paris, 1917, p. 573-574.

¹¹ Baiaș F. A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori), *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole. Art. 1-2664*, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 822.

¹² Piperea G., *Drept Comercial. Întreprinderea*, Ed. C. H. Beck, București, 2012, p. 60.

¹³ Legea nr. 31 din 16 noiembrie 1990 a societăților, republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

¹⁴ Hotărârea nr. 38/16.01.2019, emisă de Curtea de Apel București, poate fi accesată la adresa web: http://portal.just.ro/2/SitePages/Dosar.aspx?id_dosar=300000000797571&id_inst=2 (ultima accesare 10.03.2019).

Așa cum se poate observa din reglementarea actuală privind înlocuirea fiduciarului, legiuitorul a ales să impună un proces destul de complex și anevoios. Astfel, sunt mai multe aspecte care trebuie avute în vedere la înlocuirea fiduciarului și mai multe părți implicate.

În primul rând înlocuirea fiduciarului trebuie făcută în instanță. Astfel, pentru simpla înlocuire a unui fiduciar (pentru neîndeplinirea obligațiilor contractuale sau legale) este obligatorie demararea unui proces litigios, așa cum am arătat și în cazul analizat. Acest demers poate fi extrem de scump și de durată. În plus, pentru demararea acestui proces, este nevoie de ajutor specializat (serviciile unui avocat). Prin urmare, nu înțelegem de ce legiuitorul a ales această cale care nu face altceva decât să contribuie la formalizarea și așa extrem de ridicată a fiduciei.

În al doilea rând, așa cum se arată în articolul indicat, este necesară numirea unui administrator provizoriu al masei fiduciare. Se ridică întrebarea cine va putea fi acest „administrator provizoriu”. Considerăm că această persoană trebuie să fie numit numai dintre profesioniștii care pot deține calitatea de fiduciar. Onorariul acestui administrator provizoriu va trebui de asemenea achitat în vedere beneficiarii de pe urma acestor servicii.

În al treilea rând, deși se menționează că soluționarea cererii de înlocuire a fiduciarului se realizează de urgență și cu precădere, în practică durata acestui proces poate fi lungă, timp în care masa fiduciară se poate degrada sau chiar fiduciarul inițial poate efectua acțiuni care pot duce la micșorarea sau dispariția acesteia într-un termen extrem de scurt (de exemplu, acțiuni listate pe piața de capital sau sume de bani).

În al patrulea rând se poate observa o prevedere extrem de controversată. Astfel, se arată că numirea noului fiduciar se va dispune de instanța de judecată (cu acordul acestuia). Totuși, nu se menționează faptul că beneficiarul sau constituitorul ar trebui să propună acest nou fiduciar și nici faptul că noul fiduciar ar trebui să fie acceptat de aceste părți. Deși din formularea primului alineat din art. 788 C. civ. ar putea reieși faptul că noul fiduciar ar fi numit la propunerea acestora, acest fapt nu reiese destul de clar și s-ar putea interpreta în sensul că instanța de judecată are putere de desemnare discreționară privind noul fiduciar. Acest fapt ar genera nenumărate neajunsuri. Dreptul constituitorului de a desemna liber fiduciarul așa cum este prevăzut C. civ. ar fi înfrânt, acestuia putându-i-se impune un nou fiduciar pe care nu îl dorește sau în care nu are încredere. Considerăm că fiducia este un contract *intuitu personae* și între fiduciar și constituitor trebuie să existe o relație de încredere, fidelitate și lipsită de conflicte de interese.

Pe lângă cazurile identificate în jurisprudență menționate mai sus, estimăm că în curând se va crea jurisprudență în legătură cu următoarele aspecte: dreptul de urmărire al unor terți asupra masei patrimoniale (în baza prevederilor art. 786 C. civ.) și denunțarea, modificarea și revocarea contractului de fiducie (în baza art. 786 C. civ.).

În privința primului caz, faptul generator de dispută va proveni, cel mai probabil, de la terții creditori cu drepturi asupra masei patrimoniale. Astfel, terții creditori ai constituitorului (care nu au dobândit creanțe în legătură cu operațiunea fiduciară) vor avea drept de urmărire asupra masei fiduciare numai în temeiul hotărârii judecătorești definitive de admitere a acțiunii prin care a fost desființat sau a devenit inopozabil, în orice mod, cu efect retroactiv, contractul de fiducie. Considerăm că acest scenariu este foarte discutabil și va genera cele mai multe conflicte în practică. Astfel, așa cum arată unii autori români „contractul de fiducie nu poate șterge trecutul drepturilor pe care le vehiculează între patrimoniul constituitorului și masa fiduciară”¹⁵. Fără a intra în detalii privind teoria patrimoniului, pe care unii autori l-au denumit „ansamblul drepturilor și obligațiilor unei persoane care au, sau reprezintă, o valoare pecuniară sau economică, adică evaluabilă în bani”¹⁶, ne limităm la a spune că discuția privind aceste aspecte poate crea cu siguranță dispute.

În al doilea caz indicat mai sus, efectul litigios ar putea fi generat (ca în orice alt contract de fapt) de denunțarea și revocarea contractului de fiducie. În comparație cu un contract de mandat, care poate fi revocat oricând și fără formalități suplimentare (fiind bazat pe relația de încredere care este de esența mandatului), în cazul fiduciei legiuitorul adaugă o cerință suplimentară care considerăm că nu era necesară. Astfel, conform art. 786 C. civ. după acceptarea de către beneficiar, contractul de fiducie nu poate fi modificat sau revocat de către părți ori denunțat unilateral de către constituitor decât cu acordul beneficiarului sau, în absența acestuia, cu autorizarea instanței judecătorești. Având în vedere că, în considerarea apărării intereselor beneficiarului, se impune acordul acestuia pentru modificarea, revocarea sau denunțarea de către constituitor, în condițiile în care acesta nu ar avea nici un interes să îl acorde, vedem posibilitatea unui dispute și demararea unui litigiu în vederea obținerii autorizării instanței judecătorești. Va fi interesant de urmărit care vor fi argumentele de drept și de fapt invocate de constituitor sau de fiduciar pentru ca o instanță să acorde această autorizare.

3. Avantajele și dezavantajele jurisprudenței limitate asupra fiduciei în dreptul român

Așa cum arătam mai sus, faptul că fiducia beneficiază de o jurisprudență limitată poate fi privită atât ca un avantaj dar și ca un dezavantaj din perspectiva impactului asupra folosirii fiduciei în România.

¹⁵ David M., *Experimentul european al fiduciei – realități și perspective*, Caietele Juridice ale Băncii Naționale a României, Anul II, nr. 3, București, 2012, p. 17.

¹⁶ Hamangiu C., Rosetti-Bălănescu I., Băicoianu Al., *Tratat de Drept Civil Român*, vol. 1, Ed. All Beck, București, 1996, p. 522.

Printre dezavantaje enumerăm faptul că jurisprudența limitată este un indiciu la folosirii la scară mică a fiduciei. Acest fapt poate duce, printr-un efect de contaminare, la folosirea limitată a fiduciei în continuare. Totuși, observăm în ultimul timp o creștere a interesului pentru această instituție în special din partea entităților din domeniul financiar.

Un alt dezavantaj al jurisprudenței limitate este faptul că potențialii practicieni nu pot beneficia de informațiile/practica care poate reieși din litigiile privind fiducia. Astfel, aceștia pot fi reticenți să încheie contracte de fiducie sau să recomande acest contract în condițiile în care nu au toate informațiile necesare în legătură cu impactul și consecințele acestui contract (inclusiv modul cum sunt soluționate litigiile legate de încheierea, denunțarea sau obligarea fiduciarului la plata de despăgubiri pentru neîndeplinirea obligațiilor asumate). În pofida faptului că jurisprudența nu este izvor de drept în România, totuși în practică soluțiile emise de instanțele din România (în special cele emise de instanțele superioare – Înalta Curte de Casație și Justiție și Curțile de Apel) sunt totuși avute de vedere atât de avocați dar și de judecători.

Pe aceeași linie mai menționăm faptul că lipsa unor decizii de instanță poate contribui la o doctrină mai redusă în privința fiduciei și la îngreunarea formării unei sub-ramuri de drept complete (căreia i-ar trebui și o masă critică de soluții emise de instanță). Până acum am observat o serie de analize și studii privind fiducia, dar care s-au bazat numai pe prevederile legislative (în principal C. civ.) fără a exista și analize ale hotărârilor judecătorești relevante în domeniu. Având în vedere această situație de fapt considerăm că doctrina în domeniul fiduciei fără să fie susținută de o jurisprudență relevantă este similară cu o lege care în ciuda inovării și beneficiilor potențiale create nu este folosită de destinatari.

În ceea ce privește beneficiile jurisprudenței limitate privind fiducia, considerăm că acestea sunt cel puțin la fel de importante precum dezavantajele. Astfel, primul avantaj este faptul că lipsa disputelor în acest domeniu nu poate fi privită decât în mod pozitiv de potențialii beneficiari ai fiduciei. Lipsa litigiilor indică faptul că acesta nu este un contract generator de litigii și deci părțile acestui contract pot încheia un contract de fiducie fără riscul unui litigiu iminent sau probabil.

Un al doilea avantaj îl reprezintă faptul că în cazul unei lipse a unui jurisprudențe dense, există o oportunitate pentru actualii juriști și magistrați să-și impună propria viziune asupra modului cum ar trebui soluționat un astfel de litigiu. Fiind prima generație care are ocazie să experimenteze beneficiile fiduciei, avem ocazia să croim drumul pentru ca următoarele generații de juriști să consolideze această instituție (inclusiv din perspectiva jurisprudenței) pe bazele puse de această generație.

În al treilea rând, jurisprudența limitată are rolul de a impulsiona importanța și ponderea prevederilor legale și a doctrinei în acest domeniu. Cu cât este mai mic rolul jurisprudenței într-un anumit domeniu cu atât este mai mare rolul doctrinei și prevederilor legale. În cazul acesta, doctrina și interpretarea directă a prevederilor legale din C. civ. și a celorlalte reglementări secundare compensează jurisprudența limitată. De aceea este esențial ca autorii și doctrinariii din România să aibă în vedere că relevanța studiilor privind această instituție este cu atât mai mare cu cât jurisprudența este mai redusă.

4. Aspecte de drept comparat în contextul jurisprudenței fiduciei

Având în vedere jurisprudența limitată a fiduciei în dreptul român, considerăm relevant să ne îndreptăm atenția către cele mai apropiate jurisdicții din perspectiva instituției fiduciei. De asemenea, având în vedere similitudinea fiduciei cu *trust-ul* din dreptul anglo-saxon ne vom referi și la jurisprudența relevantă privind *trust-ul*. Ca și mențiune preliminară, având în vedere că dualitatea dreptului de proprietate este o caracteristică esențială a *trust-ului*¹⁷, vom denumi persoana care deține *legal ownership* ca fiind *trustee*, iar cel care deține *equitable ownership* ca fiind beneficiar.

În ceea ce privește jurisdicțiile europene care au adoptat fiducia (în special cel francez, despre s-a spus ca a reprezentat o „revoluție juridică fiindcă a introdus în dreptul francez o excepție de la principiul unicității patrimoniului”¹⁸), observăm că există mai multe categorii de astfel de litigii analizate de autori prestigioși din România¹⁹: litigii care țin de obligațiile și răspunderea fiduciarului, litigii care țin de opozabilitatea fiduciei-garanție față de terți, litigii privind calitatea de proprietar al fiduciarului și obligațiile care decurg din această calitate, litigii care testează limitele mandatului fiduciarului, existența unor acțiuni de gestionare defectuoasă sau atragerea de beneficii nejustificate din partea fiduciarului de pe urma fiduciei, litigii privind adoptarea unei strategii de investiții păguboasă din partea fiduciarului, litigii privind obligația de mijloace în comparație cu obligația de rezultat a fiduciarului, existența unor conflicte de interese în ceea ce privește persoana fiduciarului etc.

Așa cum se poate observa, majoritatea jurisprudenței în domeniu se referă la fiduciar și la acțiunile acestuia în cadrul contractului de fiducie. Considerăm că acest aspect este încă o dovadă a faptului că cel mai important rol în cadrul unui contract de fiducie este deținut de fiduciar. De asemenea, din cazurile menționate mai sus observăm o

¹⁷ Pearce R., Barr W., *Trusts and Equitable Obligations*, 6th Edition, Oxford University Press, New York, 2015, p. 13.

¹⁸ Lefebvre J., *Leçons de droit des biens – mises à jour*, Paris, 2012, p. 3, articol disponibil la adresa web: https://www.editions-ellipses.fr/PDF/9782729851064_MAJ_2.pdf, (ultima accesare 10.03.2019).

¹⁹ Buta Gh., *Fiducia și administrarea bunurilor altuia*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 228-234.

aplecare deosebită asupra obligațiilor și răspunderii fiduciarului. Având în vedere faptul că fiduciarii trebuie să fie entități profesionale calificate care se ocupă de fapt cu administrarea unor astfel de bunuri așteptările sunt mari (aceste așteptări includ și dorința beneficiarilor de a obține un profit consistent de pe urma acestor acțiuni) iar obligațiile și răspunderea sunt direct proporționale.

Această jurisprudență străină ne poate oferi indicii privind dezvoltarea viitoare a jurisprudenței în acest domeniu din România, și care va fi rolul ei în viitorul cadru al fiduciei în România.

În ceea ce privește *trust-ul* se observă o ciclicitate superioară a următoarelor tipuri de litigii: litigii privind capacitatea constituitorului (capacitatea juridică) de a încheia *trust-ul*, litigii privind existența unei violențe sau leziuni pentru încheierea contractului de *trust* (influența nejustificată), litigii privind existența unei fraude sau existența unei semnături falsificate în privința contractului de *trust*, litigii privind gestionarea incorectă a contractului de către *trustee*, litigii privind dreptul beneficiarului care ar trebui să primească proprietatea după încheierea *trust-ului*, dispute privind momentul transferului de proprietate către *trustee*, litigiile cu privire la modul în care *trustee-ul* gestionează masa fiduciară, conflicte privind estimarea valorii activelor administrate, petițiile împotriva *trustee-ului* privind achiziționarea incorectă și delapidarea activelor, solicitarea de către beneficiari privind interpretarea termenilor contractuali, obligarea privind restituirea proprietății imobiliare, citarea părților să se înfățișeze la termenele impuse de instanță (pentru a fi examinate sub jurământ), petiții pentru numirea în calitate de *trustee* succesor sub supravegherea instanței, cereri de suspendare a mandatelor *trustee-ului* etc.

În ceea ce privește *trust-ul*, se poate observa de asemenea o mai mare ramificație a tipurilor de litigii. Aceste litigii nu țin numai de persoana fiduciarului și de obligațiile și răspunderea lui, dar se extind, de exemplu, și la obligațiile constituitorului/beneficiarului și la capacitatea acestuia de a încheia contractul de *trust*.

De asemenea, din jurisprudența de mai sus se poate observa ca *trust-ul* este folosit la o scară mult mai largă în dreptul anglo-saxon decât este fiducia în sistemele de drept civil. Considerăm că modul cum s-a dezvoltat *trust-ul* în timp și modul cum a evoluat jurisprudența privind *trust-ul* poate fi privit ca model pentru dezvoltarea viitoare a fiduciei în jurisdicțiile de drept civil din Europa și implicit în România.

5. Concluzii

Statusul jurisprudenței privind fiducia în România nu este unul extrem de dezvoltat, dar există semne promițătoare că această instituție capătă amploare.

Printre motivele utilizării limitate (și implicit jurisprudenței limitate) se găsesc mecanismele fiduciare și formalitățile impuse de lege (care în opinia noastră sunt excesive).

În ceea ce privește impactul și rolul jurisprudenței limitate asupra folosirii fiduciei, considerăm că acesta este un avantaj dar și un dezavantaj. Astfel, deși practicienii nu vor avea informații privind consecințele unui litigiu și nu vor putea argumenta anumite situații conform practicii judiciare relevante, vor putea totuși să beneficieze de un contract care nu este „marcat” de riscurile unui litigiu.

Deși fiducia nu este folosită la maxim din cauza neajunsurilor prevederilor legale privind fiducia, precum forma autentică, înregistrarea în Registrul Național de Publicitate Mobiliară și la autorităților fiscale, pe de altă parte putem argumenta că un alt motiv este noutatea relativă a acestei instituții.

În ceea ce privește dreptul comparat, mai exact cel al jurisdicțiilor mai dezvoltate care au adoptat fiducia observăm că cele mai multe cazuri supuse judecății au ca obiect persoana fiduciarului, limitele mandatului dar și obligațiile și răspunderea acestuia față de constitutor și beneficiar.

În cazul jurisprudenței *trust-ului*, se poate observa nivelul superior al acestei instituții folosită cu succes de secole în statele cu sistem de drept anglo-saxon. Astfel, diversitatea și mărimea jurisprudenței în aceste state stă mărturie gradului de dezvoltare și sofisticare a acestei instituții în comparație cu fiducia.

Totuși, considerăm că fiind la începutul unui ciclu de drept în privința fiduciei, jurisprudența redusă poate fi considerată o oportunitate pentru juriștii și magistrații care activează în prezent să creeze premisele și să pună bazele jurisprudenței viitoare și să fie generația care contribuie în mod decisiv la dezvoltarea acestei instituții în România.

UNELE CONSIDERAȚII PRIVIND REGIMUL JURIDIC AL TRUSTULUI ȘI AL FIDUCIEI

Some Considerations on The Legal Framework of Trust and Fiducia

Laura Magdalena TROCAN*

Rezumat: Dreptul anglo-saxon, common-law, diferă de cel continental printr-o serie de instituții juridice, dintre care cea mai cunoscută este trust-ul. Codul Civil român, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, o dată cu reforma în materia unificării dreptului privat, a introdus instituții nereglementate până la acea dată, între care un loc aparte îl ocupă fiducia, instituție juridică, care, deși își are originile în dreptul roman, a fost preluată, în dreptul continental, prin adaptarea trust-ului impunându-se ca o necesitate, urmare a dezvoltării comerțului și a afacerilor internaționale. Deși, fundamentele mecanismului trust-ului se regăsesc în materia fiduciei, totuși, faptul că cele două instituții juridice aparțin unor sisteme de drept diferite reliefează existența unor diferențe de substanță, ce le conturează un profil juridic distinct, motiv pentru care, în cele ce urmează, ne propunem realizarea unei scurte prezentări a celor mai relevante aspecte ale regimului juridic specific celor două instituții în cauză.

Cuvinte-cheie: trust, fiducia, contract de fiducia, common-law, bunuri, patrimoniu

Abstract: The Anglo-Saxon Law, the common-law, differs from the continental law through a series of legal institutions of which the best known is the trust. The Romanian Civil Code, which entered into force on 1 October 2011, with the reform of the unification of private law, introduced unregulated institutions until that date, among which a special place is the fiducia, a legal institution, which, although having its origins in Roman law, was taken over in the continental law by the adaptation of the trust, imposing itself as a necessity, as a result of the development of international trade and affairs. Although the foundations of the trust lie in the matter of fiducia, however, the fact that the two legal institutions belong to different legal systems highlights the existence of substantive differences, which outlines a distinct legal profile, for this reason, in the following, we are proposing a short presentation of the most relevant aspects of the legal regime specific to the two institutions in question.

Keywords: trust, fiducia, fiduciary contract, common-law, assets, patrimony

I. Considerații generale. Dreptul anglo-saxon, common-law, diferă de cel continental printr-o serie de instituții juridice, dintre care cea mai cunoscută este trust-ul¹. Codul Civil român, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011, o dată cu reforma în materia unificării dreptului privat, a introdus instituții nereglementate până la acea dată, între care un loc aparte îl ocupă fiducia², instituție juridică, care, deși își are originile în dreptul roman, a fost preluată, în dreptul continental, prin adaptarea trust-ului³, impunându-se ca o necesitate, urmare a dezvoltării comerțului și a afacerilor internaționale⁴. Receptarea acestei instituții de drept anglo-saxon în dreptul continental este rezultatul unui proces îndelungat de interferență între dreptul continental și cel anglo-saxon, în cursul căruia numeroase instituții juridice sau tipuri de contracte au fost preluate în dreptul continental, ca o consecință a globalizării relațiilor de afaceri⁵. În acest context, plecând de la avantajele prezentate de instituția trust-ului pentru organizarea patrimoniului, având în vedere utilizările multiple ale trustului, dezvoltarea acestei instituții în dreptul anglo-saxon și evoluția sa în context internațional, s-a propus introducerea acestuia și în Codul civil român. Instituția trust-ului preluată în Legea nr. 284 din 24 iulie 2009 privind Codul civil sub denumirea de fiducia a fost, în mod corespunzător, adaptată în raport cu celelalte instituții juridice naționale, în noua reglementare urmărindu-se, în principal, evitarea utilizării fiduciei în scopuri ilicite, cu referire specială la spălarea banilor și la evaziunea fiscală⁶, motiv pentru care modelul urmat a fost

* Cercetător științific asociat la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Conf. univ. dr., Universitatea „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Facultatea de Științe ale Educației, Drept și Administrație Publică; e-mail: laura.trocan@gmail.com.

¹ www.cartidedrept.eu/wp-content/.../Privire-comparativă-asupra-instituției-trust.doc.

² <https://www.sauleanusiasociatii.ro/wp-content/uploads/2014/04/Fiducia.pdf>.

³ <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>.

⁴ <http://www.legisplus.ro/demo/comentarii/comentariu.php?id=16165&c=undefined>.

⁵ <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>.

⁶ Anterior intrării în vigoare a Codului Civil, în România, fiducia a cunoscut unele reglementări cuprinse în dispozițiile Legii nr. 51/1995 pentru organizarea și exercitarea profesiei de avocat, regăsindu-se sub forma primirii în depozit de către avocat, în condiții speciale, de fonduri financiare și bunuri rezultate din valorificarea sau executarea de titluri executorii, după încheierea procedurii succesorale sau a lichidării. Conform aceleiași legi, avocatul putea, la cererea clientului, să plaseze și să valorifice aceste bunuri, în beneficiul clientului. Totuși aceasta operațiune trebuie să respecte principiul păstrării secretului profesional și retragerii avocatului din activitatea fiduciară în cazul conflictului de

cel al legii franceze (respectiv Legea nr. 2007-211 din 19 februarie 2007, prin care a fost introdus, în Codul civil francez Titlul XIV „Despre fiducie”)⁷, legiuitorul român operând unele modificări sau completări importante. Deși, fundamentele mecanismului trust-ului se regăsesc în materia fiduciei, totuși, faptul că cele două instituții juridice aparțin unor sisteme de drept diferite reliefează existența unor diferențe de substanță, ce le conturează un profil juridic distinct, motiv pentru care, în cele ce urmează, ne propunem realizarea unei scurte prezentări a celor mai relevante aspecte ale regimului juridic specific celor două instituții în cauză.

II. Regimul juridic al trustului – instituție specifică dreptului anglo-saxon⁸. Instituția *trust*-ului, instituție și concept specifice dreptului anglo-saxon⁹, este, susceptibilă de mai multe înțelesuri¹⁰ având atât o accepțiune juridică (asupra căreia ne vom și referi în această lucrare), cât și o accepțiune economică, noțiunea juridică *trust* fiind fundamental diferită de noțiunea economică *trust* prin care se desemnează grupuri industriale sau comerciale, grupări de companii¹¹.

În cultura juridică anglo-saxonă *trust*-ul a fost considerat, în mod tradițional, ca făcând parte din categoria actelor juridice cu titlu gratuit¹² deși motivul principal pentru care se constituie *trust*-urile se datorează mai mult unor considerații economice¹³ și, mai puțin, rațiunilor pe care le implică realizarea liberalităților. Facilitățile pe care le oferă *trust*-ul sunt destul de greu de obținut prin intermediul instrumentelor contractuale datorită prohibiției impuse de costul foarte ridicat al tranzacțiilor¹⁴.

Totodată, unicitatea și permanenta evoluție a acestei instituții au făcut ca, atât *common law*-ul, cât și literatura juridică anglo-saxonă, sau convențiile internaționale, să nu conțină o definiție satisfăcătoare și universal valabilă pentru noțiunea de *trust*.

Astfel, într-o opinie, *trust*-ul este definit ca fiind o obligație echitabilă¹⁵ în virtutea căreia o persoană numită *trustee*¹⁶ este ținută să se ocupe de bunurile ce formează obiectul *trust*-ului și să le administreze în profitul unei alte persoane numite beneficiar sau *cestui que trust*, printre care poate să figureze și el, fiecare dintre aceștia putând solicita executarea acestei obligații¹⁷.

Într-o altă opinie – *trust*-ul este relația care se naște ori de câte ori o persoană numită *trustee* este obligată, în virtutea echității, să dețină bunuri mobile sau imobile, cu un titlu de *common law* sau de *equity*, în profitul unor persoane numite beneficiari sau într-un alt scop autorizat de lege, astfel încât profitul real al bunurilor revine nu

interese sau dacă suspecta ca activitatea ar avea drept rezultat o spălare de bani. (https://www.avocatnet.ro/articol_26221/Cum-te-poti-proteja-impotriva-creditorilor-Fiducia.html).

⁷ Avizul Consiliului Legislativ referitor la proiectul de lege privind Codul Civil din 18 martie 2009 (www.senat.ro/Legis%5CPDF%5C2009%5C09L075LG.pdf).

⁸ Pentru detalii a se vedea L. M. Trocan, *Instituția specifică dreptului anglo-saxon – trustul – în lumina dispozițiilor Convenției de la Haga din 1985 privind legea aplicabilă trustului și recunoașterii acestuia*, Volumul Sesiunii Anuale de Comunicări Științifice a Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române „Acad. Andrei Rădulescu”, București *Justiție, stat de drept și cultură juridică*, 2011, Ed. Universul Juridic, București, 2011.

⁹ Trustul își are originea într-o altă instituție juridică mult mai veche – numită: *use*. Pentru detalii a se vedea L. M. Crăciunean, *Limitele dreptului de proprietate privată imobiliară*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2009, p. 88-90). Inițial, instituția trust-ului a fost specifică raporturilor de proprietate medievale (*settlor* era cavalerul ce pleca la război, *trustee* era un om de încredere al acestuia, iar *cestui que trust* – era familia cavalerului), fiind o creație a *equity*. (I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *Drept internațional privat*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 49).

¹⁰ Noțiunea de *trust* comportă mai multe semnificații: 1. încredere; depozit; transfer legal de bunuri, bani sau valori; 2. *trust company*: societate de administrare, societate fiduciară, societate de gestionare a patrimoniului; 3. *trust fund*: fond de încredere, fond fiduciar. (C. Voiculescu, *Dicționar juridic englez-roman, roman-englez*, Ed. Niculescu, București, 2006, p. 168).

¹¹ A. Ionașcu, *O instituție juridică specifică dreptului anglo-saxon: Trustul*, în „Studii și Cercetări Juridice” nr. 4/1975, p. 369-371. Instituția *trust*-ului (în accepțiunea sa juridică) caracterizată prin încredere a stat la baza reglementării, constituirii și funcționării societăților comerciale, de esență acestei activități fiind aceeași încredere reciprocă a asociaților și scopul patrimonial al acțiunii lor comune. (I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, p. 49).

¹² Actele juridice cu titlu gratuit se definesc ca fiind actele juridice prin care se procură un folos patrimonial fără a se urmări obținerea altui folos patrimonial în schimb. Ca exemple de acte cu titlu gratuit pot fi menționate: donația, comodatul, mandatul gratuit, depozitul neremunerat etc. (Gh. Beleiu, *Dreptul civil român*, Casa de presă și editură „Șansa” SRL, București, 1995, p. 120). Dacă, la început, *trustees* acționau fără a fi remunerați pentru executarea obligațiilor ce le reveneau în baza *trust*-ului, *trust*-ul fiind o sarcină gratuită, în timpurile moderne când, de regulă, *trustees* sunt avocați, bancheri sau alte categorii profesionale, adesea *trust*-ul conține și dispoziții legate de o remunerare a acestora. (http://en.wikipedia.org/wiki/Trust_law).

¹³ Unul din motivele ce determină constituirea unui trust rezidă în reducerea taxelor și impozitelor. Spre exemplu, în vederea evitării dificultăților economice pe care le implică constituirea unor persoane juridice, membrii unei asociații transmit, personal, conducătorilor acesteia – *trustees* – bunurile ce reprezintă aportul lor, cu condiția de a fi utilizate în interesul membrilor grupării respective. (R.B. Bobei, *Calificarea și conflictul de calificări în dreptul internațional privat*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 438).

¹⁴ V. Forti, *Comparing american trust and french fiducie*, The Columbia Journal of European Law, vol. 17, Issue 1, 2010, p. 29. (http://www.cjel.net/online/17_2-forti/).

¹⁵ O obligație echitabilă este bazată pe considerente morale sau etice.

¹⁶ Cu condiția să fie capabilă, orice persoană fizică sau juridică poate să fie *trustee*, dar, în același timp, ea nu poate fi obligată să accepte sarcinile impuse prin *trust*. (M. F. Papandréou-Deterville, *Le droit anglais des biens*, Montchrestien, Paris, 2004, p. 513-518).

¹⁷ D.J. Hayton, *Underhill and Hayton: Law Relating to Trusts and Trustees*, Fourteenth Edition, Butterworth&Co, London, 1989, p. 3. Această definiție a criticată deoarece nu face referire la *trust*-ul constituit în scop caritabil. (M. F. Papandréou-Deterville, *op. cit.*, p. 416).

trustee-ului, ci beneficiarilor sau scopului pentru care a fost constituit *trust*-ul¹⁸. Această definiție, după cum apreciază specialiștii, ar fi cea mai completă incluzând caracteristicile esențiale ale *trust*-ului¹⁹.

Și în literatura juridică română au fost exprimate puncte de vedere cu privire la înțelesul conceptului de *trust*. Astfel, în sens general, *trust*-ul a fost văzut ca reprezentând orice aranjament, bazat pe încredere, prin efectul căruia o proprietate este transferată unui *trustee*²⁰, cu intenția de a fi administrată de acesta în beneficiul altei persoane²¹. Alți autori apreciază că *trust*-ul este raportul în virtutea căruia o persoană numită *settlor* transmite un lucru alteia numită *trustee*, cu obligația pentru aceasta din urmă, investită cu dreptul de proprietate asupra lucrului, să administreze și să dea veniturile obținute în folosul unui terț beneficiar desemnat de *settlor*²², administrarea defectuoasă dând dreptul la daune interese. Totodată, transferul proprietății nu este total, *settlor*-ul păstrând o prerogativă echivalentă cu nuda proprietate din dreptul continental²³.

Într-o altă concepție – *trust*ul este un raport de drept fiduciar privitor la drepturi patrimoniale, în virtutea căruia o persoană, numită *settlor*, transmite un lucru unei alte persoane numită *trustee* cu obligația ca aceasta din urmă, investită cu dreptul de proprietate asupra lucrului, să dispună de acesta în folosul unui terț beneficiar desemnat de *settlor*²⁴.

Însă, indiferent de definiția dată *trust*-ului, în mod esențial, acesta implică o obligație bazată pe echitate (altfel spus, recunoscută și executată în baza echității) ce incumbă unei persoane numită *trustee* cu privire la administrarea proprietății altei persoane (fondatorul *trust*-ului), asupra căreia deține controlul (*the trust property*), în beneficiul unei/unor terț/terțe persoane (*cestui/cestuis que trust*) sau într-un scop determinat caritabil sau nu, iar orice acțiune sau omisiune din partea *trustee*-ului care nu este autorizată sau scuzabilă de clauzele *trust*-ului constituind ceea ce numim abuz de încredere²⁵.

Așadar, *trust*-ul este o operațiune echitabilă născută independent de orice acord și fără să presupună contraprestații, el putând fi creat în mod unilateral²⁶, prin acte între vii (inter vivos) – prin declarație de constituire sau prin acte pentru cauză de moarte (mortis causa) – prin testament²⁷.

Raportul juridic pe care îl implică *trust*-ul presupune trei subiecți, fiecare având o poziție bine stabilită în executarea *trust*-ului. Astfel, *settlor* este persoana care constituie *trust*-ul, înstrăinând proprietatea bunurilor, *trustee* este cel care urmează să execute *trust*-ul, primind proprietatea acestor bunuri și, în sfârșit, *beneficiary* sau *cestui que trust* este cel în folosul căruia se acționează. *Trustee*-ul nu este liber să dispună cum crede de cuviință de bunurile ce formează obiectul *trust*-ului, ci trebuie să le folosească, să le administreze sau chiar să le înstrăineze în interesul beneficiarului și în scopul pentru care a fost constituit *trust*-ul²⁸.

Trebuie menționat că bunurile deținute de *trustee* formează o universalitate distinctă de patrimoniul acestuia, pe de o parte, iar, pe de altă parte, în cazul instituției juridice menționate vom avea de a face cu diviziunea drepturilor asupra bunurilor ce formează obiectul *trust*-ului între proprietarul legal („*legal owner*”) și beneficiarul efectiv („*beneficial owner*”) ²⁹, care se bucură nu doar de drepturi personale, ci și de drepturi reale³⁰. *Trustee*-ul este deținătorul așa numitului titlu legal care îi conferă un rol specific, guvernat de reguli foarte stricte privind gestionarea proprietății în folosul beneficiarilor³¹.

Existența valabilă a *trust*-ului este condiționată de îndeplinirea unor condiții de fond și de formă. Condițiile de fond au în vedere capacitatea constituantului și regulile celor trei certitudini: certitudinea privind intenția

¹⁸ G. W. Keeton and L. A. Sheridan, *The law of trusts*, 1 edition, Pitman, Londres, 1983, p. 2.

¹⁹ M. F. Papandréou-Deterville, *op. cit.*, p. 416.

²⁰ Un *trust* poate avea unul sau mulți *trustees*.

²¹ R. B. Bobei, *op. cit.*, p. 431.

²² O. Ungureanu, C. Juguștru, *Manual de drept internațional privat*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 39.

²³ I. Chelaru, Gh. Gheorghiu, *op. cit.*, 48-49.

²⁴ T. R. Popescu, *Drept internațional privat*, Ed. Romfel, București, 1994, p. 100.

²⁵ M. F. Papandréou-Deterville, *op. cit.*, p. 417.

²⁶ Unul din elementele specifice instituției este că *trust*-ul nu reprezintă un contract și, ca atare, nu reclamă un acord de voință. El izvorăște din voința unilaterală a constitutorului. Desigur, dacă o persoană refuză să devină *trustee*, ea nu este ținută de nici o obligație. În lipsa unui refuz expres însă *trust*-ul își va produce efectele. De altfel, *trust*-ul nu este niciodată nul din cauza lipsei de *trustees*. În orice situație în care nu există *trustee* – moarte, imposibilitate, refuz, incapacitate, conflict de interese etc. acesta va fi desemnat de instanța de judecată. Pentru astfel de situații este organizat un corp de funcționari ce poartă denumirea de *public trustee*, care pot deveni executorii oricărui *trust*. (V. D. Zlătescu, *Drept privat comparat*, Ed. Oscar Print, București, 1997, p. 273).

²⁷ M. F. Papandréou-Deterville, *op. cit.*, p. 426.

²⁸ V. D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 273.

²⁹ A se vedea M. Losano, *Marile sisteme juridice – Introducere în dreptul european și extraeuropean*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 305-306.

³⁰ Beneficiarul are interese echitabile, putând promova acțiuni pentru apărarea dreptului său elaborate în cadrul *equity*. În virtutea drepturilor personale beneficiarii *trust*-ului îl pot constrânge pe *trustee* să se conformeze dispozițiilor actului de constituire a *trust*-ului, iar potrivit drepturilor reale, beneficiarii pot, în anumite condiții, să urmărească bunurile deținute de *trustee*. (M. F. Papandréou-Deterville, *op. cit.*, p. 418).

³¹ R. B. Bobei, *op. cit.*, p. 438.

constituantului de a constitui *trust*-ul³², certitudinea privind obiectul *trust*-ului³³, și certitudinea persoanelor care sunt desemnate drept beneficiari³⁴. Având în vedere că *trust*-ul depinde, în mod esențial, de reguli bazate pe echitate/încredere poate fi constituit fără respectarea unor formalități particulare. Cu toate acestea marea majoritate a *trust*-urilor exprese se realizează în formă scrisă, formă care nu este cerută ca și condiție de validitate, ci, care, îndeplinește doar funcții *ad probationem*³⁵.

Grație flexibilității sale, *trust*-ul poate fi constituit în orice scop care nu este contrar și ilegal ordinii publice (scopuri educaționale, filantropice, testamentare, financiare etc.)³⁶, putând fi susceptibil de mai multe clasificări dintre care amintim: după modul de formare există *trust*-ul *expres* – caracterizat prin faptul că manifestarea de voință a părții numite *settlor* de a înființa un *trust* este expresă, *trust*-ul *implicit* – caracterizat prin faptul că manifestarea de voință a părții numite *settlor* de a înființa un *trust* este implicită și *trust*-ul *constructiv* – impus de instanța de judecată în interesul administrării justiției (ex. dacă vânzătorul transferă cumpărătorului posesiunea bunului înainte de plata întregii sume datorate, cumpărătorul devine *trustee* în beneficiul vânzătorului, până la înregistrarea plății) după scopul urmărit *trust*-ul poate fi *cu scop privat* ce poate fi constituit în folosul unei persoane sau mai multor persoane, al unui grup ai cărui componenți pot fi identificați și *trust*-ul *caritabil* caracterizat prin faptul că profită unor persoane neidentificate dar identificabile fiind instituit în scop umanitar³⁷.

În contextul globalizării societății contemporane, omniprezența *trust*-ului în relațiile internaționale a ridicat unele probleme foarte importante privind recunoașterea și calificarea³⁸ instituției de către sistemele de drept civil³⁹.

III. Regimul juridic al fiduciei în reglementarea Codului Civil român. În conformitate cu prevederile art. 733 și art. 779, lit. b) C. civ. fiducia este operațiunea juridică prin care unul sau mai mulți constitutori transferă, prin intermediul unui contract de fiducie, încheiat pentru o perioadă care nu poate depăși 33 de ani, drepturi reale, drepturi de creanță, garanții ori alte drepturi patrimoniale sau un ansamblu de asemenea drepturi, prezente ori viitoare, către unul sau mai mulți fiduciar 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 și obligații din patrimoniile fiduciarilor. Rezultă, așadar, că, drepturile sunt transferate din patrimoniul constitutorului în patrimoniul fiduciarului, dar acestea, împreună cu obligațiile ce se vor naște în legătură cu administrarea lor vor constitui o masă fiduciară autonomă, un patrimoniu de afecțiune, potrivit art. 31 raportat la art. 786 C. civ., fără însă să se realizeze o confuziune cu patrimoniul fiduciarului⁴⁰.

Analiza acestei definiții reliefează faptul că fiducia este o operațiune contractuală complexă, caracterizată de un set de raporturi contractuale – transfer de drepturi cu titlu oneros, mandat atipic, administrarea unui patrimoniu de afecțiune în folosul beneficiarului – formând un tot unitar⁴¹, fiducia fiind văzută, în anumite opinii, drept un contract sinalagmatic, translativ de proprietate, însă inovația juridică majoră constă în faptul că patrimoniul transferat nu se integrează în patrimoniul fiduciarului, ci rămâne separat de cel al acestuia⁴².

Din analiza definiției legale coroborate cu efectele care se produc la data încetării fiduciei, se poate aprecia că există trei operațiuni distincte pe care le implica fiducia:

- transferul masei patrimoniale de la constitutor către fiduciar, care poate lua forma unui transfer definitiv sau provizoriu, după caz;
- conservarea, administrarea sau dispoziția exercitată de către fiduciar asupra bunurilor respective;

³² Instanțele de judecată engleze interpretează testamentele care instituie *trusts* cu mare rigurozitate: de pildă, *trust*-ul nu va fi instituit dacă, testatorul solicită, dar nu ordonă să se realizeze anumite operațiuni, ca în cazul în care el introduce în testament clauza potrivit căreia are „deplină încredere” în faptul că soția sa va împărți în mod egal bunurile între descendenții săi. (M. Losano, *op. cit.*, p. 307).

³³ Bunurile ce formează obiectul *trust*-ului trebuie indicate în mod precis sau trebuie să existe suficiente date care să permită identificarea lor. (M. F. Papandréou-Deterville, *op. cit.*, p. 473).

³⁴ *Ibidem*, p. 469-482.

³⁵ *Ibidem*, p. 483-490.

³⁶ Succesul *trust*-ului se explică prin funcțiile pe care le îndeplinește. El ține astfel loc de donație sau legat cu sarcini, de regim dotal sau de curatelă, este destinat ocrotirii intereselor patrimoniale ale unei alte persoane, îndeplinind, în același timp, funcțiile unui executor testamentar. *Trust*-ul poate fi folosit, de asemenea, pentru evitarea unui faliment sau pentru constituirea unei garanții reale. (V.D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 272).

³⁷ R. Bobei, *op. cit.*, p. 439. *Trust*-ul caritabil este instituția ce îndeplinește funcțiile fundației, necunoscută dreptului englez. El are ca obiect opere de binefacere, de educație, de știință și de sănătate publică. (V.D. Zlătescu, *op. cit.*, p. 274).

³⁸ În ceea ce privește calificarea instituției s-a concluzionat că, în cazul sistemelor de drept care nu cunosc *trust* – ul, se va proceda la examinarea acestuia prin prisma reglementărilor de *common law* în scopul identificării naturii și efectelor sale. În acest sens literatura franceză de drept internațional privat a subliniat faptul că este o eroare a califica instituția *trust*-ului din perspectiva sistemului de drept francez, asimilându-se, în mod greșit, instituția *trust*-ului contractului de mandat, contractului de donație cu sarcină sau regimului dotal. (R. B. Bobei, *op. cit.*, p. 435-436).

³⁹ În Europa întâlnim diferite sisteme de drept naționale. Acestea sunt orientate fie către sistemul *common-law*, fie către sistemul de drept romano-germanic, numit și sistemul de drept civil (specific statelor continentale).

(<http://www.juridice.ro/32189/efectele-globalizarii-asupra-justitiei.html>).

⁴⁰ http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1214/fiducia.pdf.

⁴¹ <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>.

⁴² <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>.

– transferul masei patrimoniale de la fiduciar către beneficiar sau constitutor (după caz)⁴³.

Fiducia, în reglementarea Codului Civil român, trebuie să fie expresă, având ca izvor legea sau contractul încheiat în formă autentică⁴⁴. Spre deosebire de fiducie, trust-ul poate fi încheiat în condiții mai puțin riguroase, fiind necesară doar exprimarea fără echivoc a voinței constitutorului. Întrucât nu este necesar acordul trustee-ului (echivalentul fiduciarului), trust-ul poate fi constituit și prin testament⁴⁵.

În literatura de specialitate, se apreciază că acceptarea contractului de către beneficiarul terță persoană nu trebuie să îmbrace o anumită formă solemnă, acesta nefiind parte în contract și că, de asemenea, nominalizarea ulterioară a beneficiarului, pe baza regulilor stabilite prin contract, nu trebuie să îmbrace o anumită formă solemnă⁴⁶.

Totodată, conform dispozițiilor art. 780 C. civ., este obligatorie înregistrarea contractului de fiducie și a modificărilor sale, 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. Totodată, când masa patrimonială fiduciară cuprinde drepturi reale imobiliare, acestea trebuie înregistrate, la compartimentul de specialitate al autorității administrației publice locale competent pentru administrarea sumelor datorate bugetelor locale ale unităților administrativ-teritoriale în raza cărora se află imobilul. Nerespectarea acestor obligații atrage după sine nulitatea absolută a contractului de fiducie.

Trebuie menționat faptul că legiuitorul român a instituit, prin art. 775 C. civ., interdicția liberalității indirecte în sensul că intervine nulitatea absolută a contractului de fiducie dacă prin el se realizează o liberalitate indirectă în folosul beneficiarului.

Această interdicție de utilizare a fiduciei în scopul realizării unor liberalități reprezintă una dintre principalele diferențe care exista între fiducie și trust; din acest motiv, fiducia nu va putea fi utilizată în multe dintre cazurile în care trust-ul își găsește aplicare (spre exemplu, alocarea de bunuri sau fonduri în vederea realizării unor activități în scop caritabil, sau în scopul gratificării unui membru al familiei constitutorului etc.)⁴⁷.

În ceea ce privește părțile contractului de fiducie, Codul civil stipulează, în art. 776, că orice persoană fizică sau juridică poate fi constitutor în contractul de fiducie, instituind însă condiționări cu privire la calitatea de fiduciar, pe care o conferă doar instituțiilor de credit, societăților de investiții și de administrare a investițiilor, societăților de servicii de investiții financiare, societăților de asigurare și de reasigurare legal înființate. De asemenea, pot avea calitatea de fiduciar notarii publici și avocații, indiferent de forma de exercitare a profesiei. Și sub acest aspect fiducia diferă de trust, unde orice persoană fizică sau juridică poate acționa drept trustee.

Impunerea unor limitări cu privire la calitatea de fiduciar a fost făcută cu scopul de a evita operațiunile de spălare de bani și evaziunea fiscală întrucât persoanele menționate în textul de lege sunt supuse unui control riguros din partea unor autorități specializate, cum sunt de exemplu Banca Națională, Comisia Națională a Valorilor Mobiliare⁴⁸.

Deoarece fiducia presupune transmiterea unor drepturi, constitutorul persoana fizică trebuie să aibă capacitate deplină de exercițiu. În cazul constitutorilor persoanelor juridice, decizia cu privire la încheierea contractului de fiducie va trebui adoptată de către organele de conducere sau administrare, cu respectarea dispozițiilor statutare și legale incidente în funcție de valoarea bunurilor și drepturilor transmise sau de identitatea beneficiarului⁴⁹.

Referitor la beneficiar, Codul civil, arată, în art. 777, că acesta poate fi constitutorul, fiduciarul sau o terță persoană. Calitatea de beneficiar nu este în nici un fel limitată, astfel beneficiarul poate fi persoană fizică sau juridică, respectiv un terț, constitutorul sau fiduciarul însuși. În cazul beneficiarului persoană fizică, din coroborarea cu dispozițiile art. 41 și 42 NCC referitoare la capacitatea de exercițiu restrânsă, desprindem concluzia că acceptarea fiduciei sau renunțarea la ea, reprezintă acte de dispoziție care impun capacitatea deplină de exercițiu⁵⁰.

Sintetizând, rezultă că părțile operațiunii juridice a fiduciei sunt:

- constitutorul (care ar drept echivalent în cazul trust-ului settlor-ul/grantor-ul),
- fiduciarul (cu echivalent trustee-ul)
- beneficiarul (denumit în doctrina/legislația anglo-saxonă drept beneficiar)⁵¹.

Cu toate acestea, în accepțiunea expresă a Codului civil, părțile contractului de fiducie rămân constitutorul și fiduciarul, beneficiarul – terță persoană este numai parte a raportului juridic, care poate sau nu să accepte contractul și numai o eventuală acceptare îi conferă anumite drepturi, conform legii⁵².

⁴³ <http://www.rscj.ro/SCJ-2-2014.pdf>.

⁴⁴ Art. 734, alin. 1 din Codul Civil. Probabil că argumentul legiuitorului român cu privire la acest mod de reglementare l-a constituit faptul că fiducia presupunând înstrăinarea unor bunuri de mare valoare, forma autentică îl protejează pe constitutor. (<http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>).

⁴⁵ https://www.hotnews.ro/stiri-noul_cod_civil-10462691-notiunea-constituirea-fiduciei-noul-cod-civil.htm.

⁴⁶ http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1214/fiducia.pdf.

⁴⁷ https://www.hotnews.ro/stiri-noul_cod_civil-10462691-notiunea-constituirea-fiduciei-noul-cod-civil.htm.

⁴⁸ <http://www.mediafax.ro/economic/fiducia-optiunea-juridica-prin-care-se-tranfera-drepturi-patrimoniale-8833583>.

⁴⁹ https://www.hotnews.ro/stiri-noul_cod_civil-10462691-notiunea-constituirea-fiduciei-noul-cod-civil.htm.

⁵⁰ <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>.

⁵¹ <http://www.rscj.ro/SCJ-2-2014.pdf>.

⁵² http://www.inm-lex.ro/fisiere/d_1214/fiducia.pdf.

Acest lucru derivă, în mod expres din prevederile art. 789 C. civ. unde se arată că, atâta timp cât contractul de fiducie nu a fost acceptat de către beneficiar, acesta poate fi denunțat unilateral de către constitutor, însă, după acceptarea de către beneficiar, contractul nu poate fi modificat sau revocat de către părți ori denunțat unilateral de către constitutor decât cu acordul beneficiarului sau, în absența acestuia, cu autorizarea instanței judecătorești.

Analiza dispozițiilor art. 784 C. civ. evidențiază că, în raporturile cu terții, fiduciarul are puteri depline asupra masei patrimoniale fiduciare, acționând ca un veritabil și unic titular al drepturilor în cauză, cu excepția cazului în care se dovedește că terții aveau cunoștință de limitarea acestor puteri. De asemenea, pentru activitățile specifice, fiduciarul va fi remunerat potrivit înțelegerii părților, iar în lipsa acesteia, potrivit regulilor care cârmuiesc administrarea bunurilor altuia.

Cu privire la conținutul contractului de fiducie, prevederile art. 779 și art. 783 C. civ., menționează că acesta trebuie să conțină, sub sancțiunea nulității absolute, următoarele:

- a) drepturile reale, drepturile de creanță, garanțiile și orice alte drepturi patrimoniale transferate;
- b) durata transferului, care nu poate depăși 33 de ani începând de la data încheierii sale;
- c) identitatea constitutorului sau a constitutorilor;
- d) identitatea fiduciarului sau a fiduciarilor;
- e) identitatea beneficiarului sau a beneficiarilor ori cel puțin regulile care permit determinarea acestora;
- f) scopul fiduciei și întinderea puterilor de administrare și de dispoziție ale fiduciarului ori ale fiduciarilor.
- g) condițiile în care fiduciarul dă socoteală constitutorului cu privire la îndeplinirea obligațiilor sale⁵³.
- h) intervalele de timp la care fiduciarul dă socoteală beneficiarului și reprezentantului constitutorului.

Trebuie precizat că, potrivit art. 781 v, fiducia este opozabilă terților de la data menționării sale în Arhiva Electronică de Garanții Reale Mobiliare, iar înscrierea drepturilor reale imobiliare, inclusiv a garanțiilor imobiliare care fac obiectul contractului de fiducie se face și în cartea funciară, pentru fiecare drept în parte. Totodată, conform art. 785 C. civ. deschiderea procedurii insolvenței împotriva fiduciarului nu afectează masa patrimonială fiduciară, datorită separației patrimoniului.

Dând expresie separației maselor patrimoniale, legiuitorul român, prin intermediul dispozițiilor art. 786 C. civ., a reglementat și modul în care pot fi urmărite bunurile din masa patrimonială fiduciară în sensul că acestea pot fi urmărite, în condițiile legii, de titularii de creanțe născute în legătură cu aceste bunuri sau de acei creditori ai constitutorului care au o garanție reală asupra bunurilor acestuia și a cărei opozabilitate este dobândită, potrivit legii, anterior stabilirii fiduciei. Totodată, se arată că, dreptul de urmărire poate fi exercitat și de ceilalți creditori ai constitutorului, însă numai în temeiul hotărârii judecătorești definitive de admitere a acțiunii prin care a fost desființat sau a devenit inopozabil, în orice mod, cu efect retroactiv, contractul de fiducie. De asemenea, titularii creanțelor născute în legătură cu bunurile din masa patrimonială fiduciară nu pot urmări decât aceste bunuri, cu excepția cazului în care, prin contractul de fiducie, s-a prevăzut obligația fiduciarului sau/și a constitutorului de a răspunde pentru o parte sau pentru tot pasivul fiduciei. În acest caz, va fi urmărit mai întâi activul masei patrimoniale fiduciare, iar apoi, dacă este necesar, bunurile fiduciarului sau/și ale constitutorului, în limita și în ordinea prevăzute în contractul de fiducie.

Potrivit art. 787 C. civ., pentru prejudiciile cauzate prin actele de conservare sau administrare a masei patrimoniale fiduciare, fiduciarul răspunde numai cu celelalte drepturi cuprinse în patrimoniul său, tot în virtutea separației patrimoniului. Codul Civil conține, în art. 788, dispoziții privitoare și la înlocuirea fiduciarului în cazul în care acesta nu își îndeplinește obligațiile sau pune în pericol interesele care i-au fost încredințate. Într-o asemenea situație constitutorul, reprezentantul său sau beneficiarul poate cere în justiție înlocuirea fiduciarului, existând și posibilitatea ca, până la soluționarea cererii de înlocuire, constitutorul, reprezentantul său sau, în lipsa acestora, beneficiarul să numească un administrator provizoriu al masei patrimoniale fiduciare, al cărui mandat încetează în momentul înlocuirii fiduciarului sau în momentul respingerii definitive a cererii de înlocuire. Trebuie spus că numirea noului fiduciar și a administratorului provizoriu poate fi dispusă de instanța de judecată numai cu acordul acestora.

Cu privire la condițiile de încetare a contractului de fiducie, în art. 790 C. civ. se stipulează că acesta încetează la împlinirea termenului sau prin realizarea scopului urmărit când aceasta intervine înainte de împlinirea termenului. Contractului de fiducie încetează, de asemenea, în cazul în care toți beneficiarii renunță la fiducie, iar în contract nu s-a precizat cum vor continua raporturile fiduciare într-o asemenea situație, după cum încetează și în momentul în care s-a dispus deschiderea procedurii insolvenței împotriva fiduciarului sau în momentul în care se produc, potrivit legii, efectele reorganizării persoanei juridice.

Principalele efecte ale încetării contractului de fiducie sunt menționate în art. 791 C. civ., unde se arată că atunci când contractului de fiducie încetează masa patrimonială fiduciară existentă în acel moment se transferă la beneficiar, iar în absența acestuia, la constitutor, iar contopirea masei patrimoniale fiduciare în patrimoniul beneficiarului sau al constitutorului se va produce numai după plata datoriei fiduciare.

⁵³ Fiduciarul trebuie să dea socoteală, la intervale precizate în contractul de fiducie, beneficiarului și reprezentantului constitutorului, la cererea acestora.

Specialiștii în domeniu apreciază că introducerea fiduciei în legislația românească, prin prisma faptului că legiuitorul nu a instituit, în mod expres, limitări privind scopul constituirii (singura limitare legală este interzicerea liberalităților indirecte prin intermediul fiduciei) aduce multe avantaje în utilizarea practică a acestei instituții, ce poate favoriza extinderea sferei activităților și serviciilor bancare, dar poate prezenta și dezavantaje, deoarece fiducia ar putea fi folosită de către debitor pentru a separa masa patrimonială, astfel încât creditorii să nu poată urmări bunurile acestuia⁵⁴.

De asemenea, cu toate că fiducia este un instrument juridic util, flexibil și cu o sferă largă de aplicare, indispensabil oricărei persoane care a acumulat un patrimoniu semnificativ⁵⁵ formalismul excesiv (forma autentică a contractului de fiducia, formalitățile fiscale și de publicitate) este un obstacol în ce privește aplicarea practică a fiduciei în afacerile comerciale caracterizate prin celeritate și simplitate⁵⁶.

Concluzii

Fără a nega asemănările majore între fiducia și trust, aceste două instituții de drept nu pot fi confundate, din cauza unor diferențe semnificative existente între acestea, între care cele mai semnificative sunt:

- trust-ul este o diviziune a proprietății, iar fiducia este o diviziune a patrimoniilor;
- trust-ul poate fi constituit printr-un contract încheiat mortis causa, în timp ce fiducia nu;
- trust-ul poate fi stabilit și printr-o manifestare expresă și unilaterală de voință a constitutorului, în timp ce fiducia este condiționată de încheierea unui contract scris, de regulă în formă autentică;
- în reglementarea trust-ului constitutorul (settlor) poate fi în același timp fiduciar (trustee);
- judecătorul are o competență mai largă în materia trust-ului, decât în cazul fiduciei⁵⁷.

⁵⁴ De exemplu, în situația în care o persoană deține două bunuri imobile, dintre care unul este constituit drept garanție imobiliară (pentru suma de 100.000 de euro), și un alt bun imobil, liber de sarcini. Ca urmare a scăderii prețurilor pe piața imobiliară, valoarea bunului ipotecat scade la 70.000 de euro. Între timp, debitorul instituie o fiducia asupra bunului liber de sarcini în vederea valorificării sale optime. Ulterior, debitorul ajunge în imposibilitate de plată a ratelor bancare, situație în care banca procedează la executarea garanției imobiliare, în urma căreia creanța nu poate fi îndeplinită. Astfel, prin instituirea fiduciei, bunul fiduciar nu va putea fi urmărit de bancă pentru diferența de creanță rămasă neacoperită. * (<http://www.capital.ro/182595.html>). Fiducia este aplicabilă și în cazul în care o persoană moștenește de exemplu un imobil, dar nu dispune de capacitatea necesară (fie din cauză că este minor, fie că nu are cunoștințe în materie) de a îl utiliza. Tot această instituție îi oferă posibilitatea asociatului unei societăți comerciale de a se retrage temporar din sfera afacerilor, transferând în acest timp fiduciarului sarcina administrării patrimoniului. (<http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>).

⁵⁵ https://www.avocatnet.ro/articol_26221/Cum-te-poti-proteja-impotriva-creditorilor-Fiducia.html.

⁵⁶ www.bnro.ro/DocumentInformation.aspx?idDocument=13316&directLink=1.

⁵⁷ <http://jog.sapientia.ro/data/tudomanyos/Periodikak/scientia-iuris/2011-1/5-burian.pdf>.

SECȚIUNEA DREPT PUBLIC

**Teoria Generală a Dreptului, Filosofia și Sociologia dreptului
Drept Constituțional, Drept administrativ**

JURISPRUDENȚA-RESURSĂ MAJORĂ A DIMENSIUNII PRACTICE A FILOSOFIEI DREPTULUI

Jurisprudence – Major Resource of The Practical Dimension of The Philosophy of Law

Ion CRAIOVAN*

Rezumat: Din perspectiva filosofiei dreptului, înțelegerea jurisprudenței este marcată de concepțiile despre filosofia practică, tipul de raționalitate asumat, abordarea raționalismului pragmatic și a relațiilor sale în câmpul cunoașterii. Analiza conceptuală a jurisprudenței nu este lipsită de dificultăți. În familia de drept anglo-saxon termenul de jurisprudență este caleidoscopic, reunește filosofia, teoria, practica dreptului, fiind oarecum similar cu cel de cunoaștere juridică. În familia de drept romano-germanic înțelesul său s-a restrâns treptat la cazuistica instanțelor de judecată. Semnificațiile jurisprudenței pentru gândirea juridică nu pot fi rupte de contexte, de abordarea integratoare a cunoașterii juridice. În prezent, în România cât și în societatea globală jurisprudența înregistrează mutații spectaculoase. Cunoașterea acestora marchează decisiv conceperea, interpretarea și realizarea acțiunii juridice, a realizării finalităților dreptului.

Cuvinte-cheie: filosofia dreptului, doctrină juridică, practica juridică, jurisprudență.

Abstract: From a philosophy of law perspective, the understanding of jurisprudence is marked by the concepts of practical philosophy, the type of rationality assumed, the approach to pragmatic rationalism and its relations in the field of knowledge. The conceptual analysis of jurisprudence is not without difficulty. In the Anglo-Saxon family the term jurisprudence is kaleidoscopic, it brings together philosophy, theory, practice of law, somewhat similar to that of legal knowledge. In the Roman-German family of law, his meaning has gradually narrowed to the case law of the courts. The significance of jurisprudence for legal thinking can not be broken by contexts, by the integrative approach of legal knowledge. At present, both in Romania and in the global society jurisprudence records spectacular mutations. Their knowledge marks decisively the conception, interpretation and realization of the juridical action, the realization of the finalities of the law.

Keywords: philosophy of law, legal doctrine, legal practice, jurisprudence.

I. Filosofie, practică, raționalitate

1. Abordările care au în vedere perechile conceptuale teorie/praxis, filosofie teoretică/filosofie practică au condus la câteva tipuri de raționalitate¹: 1. Rațiunea practică nu este altceva decât rațiunea teoretică-pentru că face cu putință o teorie asupra practicii (intelectualismul rațiunii – Socrate, stoicii, Spinoza). 2. Rațiunea aparține întotdeauna unor contexte practice, pentru că teoria însăși este o formă a practicii (practiciștii – Fichte, Marx, Nietzsche, pragmatismul). 3. Dualismul. În teoria rațională și praxisul rațional, rațiunea este luată de fiecare dată în alt sens dacă avem în vedere cel puțin funcțiile rațiunii în teorie și practică. (Aristotel, Kant, Hegel). Rațiune practică posedă acela care știe să cumpănească bine (Aristotel). Rațiunea practică apare ca o teorie „a ceea ce ne stă în putere”, îndemânarea de a produce know-how-ul. Cunoașterea practică a fost privită doar ca o tehnică – alegerea rațională a mijloacelor în vederea unui scop. (M. Weber). De aici rațiunea practică înțelege doar ca rațiune instrumentală, (Horkheimer) incapabilă de a decide cu privire la scopuri care rămân în seama deciziei. Așadar, mijloacele și scopurile nu mai pot fi corelate la nivelul teoriei. Kant a încercat depășirea acestei situații propunând un nou concept al rațiunii practice care să nu fie tehnic, imperativul categoric – ceea ce trebuie să fie conform conștiinței datoriei noastre, „acționează în așa fel încât maxima voinței tale să poată deveni oricând un principiu al legiferării universale” – fapt al rațiunii practice pure (Kant, Critica rațiunii practice). Marx susține că, orice teorie depinde de practica vieții materiale. Putem reține, ca tipuri de raționalitate – raționalitate raportată la scopuri și raționalitate raportată la valori (M. Weber). Mai larg, putem distinge: raționalitate științifico-tehologică, hermeneutică, etică, dialectică.

2. Raționalitatea ca logicitate, dimensiune tradițională și perenă pe teren juridic, întruchipată prin prezența principiilor și a legilor logice într-o manieră specifică ce a condus la apariția și dezvoltarea logicii juridice, simte nevoia integrării problemelor creației și istoricității; din confruntarea teoriei cu experiența rezultă raționalitatea demersului cognitiv (R. Carnap); În acest context remarcăm contribuția autorului G. Pavlakos² în privința raționalismului pragmatic: cunoașterea este constrânsă de inteligibilitate. Aceasta este formată din structuri inerente ale inteligibilității un mod de a gândi, reguli apriori ale înțelegerii, condițiile transcendente ale comunicării dar și cele

* Prof. univ. dr., Universitatea Creștină „Dimitrie Cantemir”; e-mail: icraiovan@yahoo.com.

¹ Schandelbach, H., Martens, E., editori, *Filosofie*, Ed. Științifică, București, 1999, pp. 71-81.

² Pavlakos, G. *Our knowledge of the law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2007.

ale construcției argumentative (eg – principiile logice aristotelice, conceptele kantiene). Și practica juridică este înscrisă într-o gramatică; constrângerile în cunoaștere trebuie deduse din cea mai bună practică generalizată. Înțelegerea practicii ca sursă de obiectivitate configurează raționalismul pragmatic.

Raționalismul pragmatic reconstruiește practica din perspectivă normativă. Care sunt normele imanente ale practicii exemplare? Inteligibilitatea apare ca antecedent al distanței practice-cunoaștere. Nu este posibil să ne întrebăm ce entități există înainte să ne întrebăm ce fel de entități ale gândirii noastre sunt capabile să le conecteze; cunoașterea dreptului reclamă un concept constrâns să fie de acord cu validitatea cognitivă, cu criteriile a ceea ce poate fi cunoscut; cunoașterea juridică depinde de capacitatea cognitivă a agenților juridici; practica gândirii dreptului trebuie să respecte o anumită autonomie de reflecție a agenților, relevanța intrinsecă a domeniului juridic.

II. Știința, doctrina și practica juridică-precizări conceptuale

3. Știința dreptului, s-a configurat, cel puțin într-o anumită perioadă, ca activitate cognitivă vizând o reprezentare a fenomenului juridic conform unei singure paradigmei științifice adoptate. Monismul epistemologic general dominant a condus la exclusivism și condamnări reciproce. În replică pluralismul epistemologic recunoaște că științificitatea este susceptibilă de grade și versiuni în care știința dreptului are diverse ipostaze și apropieri. S-au promovat astfel epistemologii corespunzătoare: 1. Empirică – enunțurile științifice vizează entități observabile susceptibile de verificare empirică. 2. Logico-formale-consacră un limbaj formalist și sisteme axiomatice. 3. Hermeneutică – reține discursul efectiv al diferiților actori ai fenomenului juridic. S-a constatat astfel diverse combinații precum și imposibilitatea de a te rupe complet de daturi empirice dar și imposibilitatea unei formalizări și axiomatizări complete. Problema prealabilă cardinală constă în faptul că demersul științific în domeniul științelor socio-umane-inclusiv în știința juridică – acțiunea umană angajează inevitabil observatorul însuși. Abordarea are implicit o poziție ideologică-afectează științificitatea. S-a remarcat astfel și din această abordare pluralistă nevoia unei reflecții sistematice aptă să sugereze soluții de depășire a izolaționismului în cunoașterea juridică, de cooperare și concertare a informațiilor³. Rupturi și abordări exclusiviste s-au remarcat în aria cunoașterii juridice și în ceea ce privește explicația și coplehensiunea, punctul de vedere extern și punctul de vedere intern. Explicarea faptelor lumii naturale este îndreptată spre „exterior”, înspre culegerea de date exacte și de legi generale care reglează acele fapte, în timp ce înțelegerea din științele spiritului se apleacă spre „interior”, un proces în care plecând de la semne care ne-au fost date cu un anumit sens din exterior cunoaștem ceva din interior (W. Dilthey). Se relevă că rațiunea de a fi a unui fenomen social rezidă din sensul său intern, înțeles de actorii înșiși, din reprezentări, convenții și reguli partajate de grupul de referință, ce vehiculează discursul practic al juriștilor. Așadar, 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 juriștilor. Dacă dreptul nu poate fi explicat numai prin el însuși-trebuie să punem în operă un mare număr de perspective. Problema cercetării fenomenului juridic ridică atunci problema articulării punctelor de vedere-intern-extern-înțelegere-explicație în numele unei metateorii! Se tinde spre modele complexe care să coreleze limbajul juridic dogmatic pe de o parte și cel al științelor sociale pe de altă parte. Aceasta mai înseamnă că se incită spre pluralism epistemologic care să degajeze și să coreleze virtualitățile științifice ale dogmaticii juridice cu virtualitățile practice alternative propuse de științele sociale. Această abordare antrenează cercetarea unor concepte care depășesc granițele unei singure discipline științifice, precum interdisciplinaritate, pluridisciplinaritate, transdisciplinaritate.

4. Analiza în plan etimologic în privința originii, evoluțiilor de formă și de sens – a termenilor știință, doctrină – practică juridică, aduce unele clarificări, în diferite sisteme lingvistice, dar și adaugă noi contradicții sau chiar – așa cum s-a remarcat-perplexități în privința stabilirii, în mod clar și distinct a notelor definitorii ale termenilor în cauză⁴. Astfel, în limba română, dicționarele explicative⁵ indică originea termenului doctrină – de la „doctrina” (lat.) și „doctrine” (fr.) și rețin o relație de identitate cu știința, în măsura în care doctrina desemnează „știință, învățătură, teorie”, dar nu constată pur și simplu o sinonimie pentru că doctrina este și inclusă în știință atunci când este declarată nucleu principal al acesteia, – „un corpus de credințe, principii, teze fundamentale, modele”, dar și excede acesteia atunci când este remarcată nu numai în sistemele științifice dar și filosofice, politice, religioase. Se poate desprinde, totuși, cel puțin adiacent și în mod tradițional, faptul că, termenul de doctrină, evocă și reține ideile de credință, dogmă și de corpus relativ închis în semnificațiile sale proprii, puțin apt la schimbare și renovare. În spațiul anglo-saxon⁶ se poate remarca faptul că termenul de doctrină, este deseori limitat la a desemna – prin excelență – „un set de credințe și idei în domeniul politic și religios”, deși el este întâlnit și în planul juridicității în ipostaza de doctrină juridică, – juridical doctrine – dar, în acest plan domină termenul cumulativ de „jurisprudence” care evocă, cel puțin știința (teoria), în special „general jurisprudence”, filosofia dreptului (care are și o expresie singulară consacrată – „philosophy of law”) dar și cazuistica și reflecția aferentă în drept, – „case law” – acest din urmă aspect fiind

³ *Ibidem*, pp. 540-544.

⁴ Mihai, G., *Inevitabilul drept*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, p. 53.

⁵ A se vedea, în acest sens, termenul în cauză în orice ediție, *DEX*, inclusiv on-line.

⁶ Bryan A. Garner, Editor In Chief, *Black's law dictionary*, Third Pocket edition, 2006, pp. 396-397.

desemnat în dreptul continental prin termenul de „jurisprudență”. Astfel dicționarul Merriam Webster⁷ reține pentru termenul de jurisprudență: 1. Teoria și filosofia dreptului. 2. Un corp de norme juridice (drept obiectiv, drept pozitiv). 3. Deciziile curților despre diverse cazuri (jurisprudența în sistemul continental), diferite de legislație și doctrină. 4. O structură instituțională a dreptului (de ex. un departament juridic). În spațiul continental o asemenea colecție de semnificații este realizată de termenul cunoaștere juridică.

III. Jurisprudența-evoluții istorice și configurații actuale

5. Pornindu-se de la considerentul că instanțele de judecată cu ocazia soluționării unor cauze sunt puse în situația de a preciza sensul legii când acesta este întunecat, sau de a completa și suplini lipsa unor reglementări, în numeroase sisteme de drept se admite că o hotărâre judecătorească, mai ales când este dată de instanțele superioare, să devină obligatorie în soluționarea unor cauze similare viitoare, formându-se în felul acesta o anumită practică judiciară numită și jurisprudență.

Uneori hotărârile judecătorești conțin alături de dispozițiile de speță și dispozițiile de principiu, cu caracter general, menite a orienta activitatea viitoare. În felul acesta judecătorii, pe lângă activitatea de aplicare făceau și opere de creare a dreptului, substituindu-se legiuitorului.

În dreptul roman, jurisprudența a căpătat o mare importanță prin intermediul așa numitului drept pretorian. Hotărârile pretorilor și ale altor magistrați cu ocazia soluționării unor cauze concrete prin care se corecta, adopta sau completa vechiul drept civil roman au devenit obligatorii, la început, pentru magistratul care le-a dat, apoi, pentru toți magistrații, ridicând astfel jurisprudența la rangul de izvor de drept

Practica judiciară are o mare importanță ca izvor de drept în feudalism. În Europa ea se afirmă puternic, de asemenea, odată cu recepționarea dreptului roman. În formarea dreptului comercial și maritim au avut un rol important tribunalele comerciale și maritime. Încă din secolul al XII-lea au început să apară diferite colecții de jurisprudență ca, de pildă, „reports”-urile în Anglia. Centralizarea și creșterea puterii monarhice pe continent însoțită, după cum am văzut, de creșterea rolului actelor normative, inclusiv prin codificările efectuate, au restrâns câmpul de aplicare a jurisprudenței. Astfel, în Germania, Codul penal Allgemeines Landrecht din 1794, a prevăzut că “în hotărârile care urmează să fie pronunțate nicidecum nu trebuie luate în considerare nici părerile oamenilor de știință, nici hotărârile precedente aduse de tribunale”. Dispoziții asemănătoare conține și Codul civil austriac din 1811.

Revoluțiile burgheze au avut o influență diferențiată cu privire la rolul practicii judiciare și recunoașterea sau nerecunoașterea jurisprudenței ca izvor de drept. Astfel, în țările europene continentale aflate puternic sub influența codificărilor napoleoniene și în special a Codului civil francez din 1804 care interzicea tribunalelor să se pronunțe pe cale de dispoziții generale, jurisprudența și-a pierdut rolul de odinioară, unii autori contestându-i complet rolul de izvor de drept, mai ales în epoca contemporană⁸. Nu-i mai puțin adevărat că se recunoaște rolul important al deciziilor instanțelor europene – constituționale, judiciare sau administrative – Tribunale sau Curți Constituționale, Curți supreme, Tribunale administrative, Consiliul de Stat – ceea ce este tot practică judiciară, întrucât aceste organe se situează în afara sistemului organelor legislative. Are loc o extinsă publicare – oficială sau oficioasă – a jurisprudenței instanțelor superioare. Așadar, într-o anumită măsură, jurisprudența rămâne, totuși, și pentru aceste țări un izvor de drept, un izvor subsidiar am putea spune.

O poziție deosebit de importantă continuă să aibă jurisprudența ca izvor de drept în țările care au adoptat sistemul de drept anglo-saxon (Anglia, Statele Unite, Canada și numeroase țări fost colonii britanice, membre ale Commonwealth-ului). Dreptul englez se manifestă sub forma dreptului statuar (statutory law) alcătuit din actele parlamentului și organele executive și dreptul comun (common law) alcătuit din hotărâri judecătorești, precum și cutumele (consuetudinea) consfințite de ele. Dat fiind rolul familiei de drept anglo-saxon în societatea globală a influenței și simbiozei care se produce în Dreptul Uniunii Europene, prezentăm câteva aspecte conceptuale și repere esențiale în privința precedentului jurisprudențial⁹:

- Vizează deciziile în cazurile similare celui examinat, evocând dreptul în vigoare în formă necodificată.
- Impune judecătorului să se întrebe cu privire la deciziile luate anterior în cazuri similare. Cel mai frecvent acesta constată un nucleu consacrat de sentințe care îi permit să formuleze o decizie în cazul pe care îl judecă. Atunci sentința sa va intra la rândul său în common law ca declaratory precedent – precedent ce continuă o anumită tradiție jurisprudențială.
- Când judecătorul nu găsește sau afirmă că nu a găsit asemenea precedente el decide potrivit principiilor generale de drept iar sentința sa va deveni- original precedent- la care vor trebui să trimită judecătorii care vor urma.
- Există un avantaj mai mare la adaptarea la un caz concret dar și dificultatea de a te raporta la un hățiș indestructibil și extins al precedentelor care face incert dreptul pozitiv. De aici importanța redactării unor texte unice

⁷ <https://www.merriam-webster.com/>.

⁸ Astfel, autorii Michel Fromont și Alfred Riege intitulează capitolul dedicat jurisprudenței și doctrinei al lucrării lor *Introducere în dreptul german – Izvoarele discutabile ale dreptului*, op. cit., p. 201.

⁹ Losano, M.G., *Marile sisteme juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 301-304; Martin E. (ed.), *A Dictionary of Law*, Oxford University Press, fifth edition, 2002, p. 374, Garner, B. (ed), op. cit., pp. 553-554.

care să rețină precedentele considerate semnificative. (ex. Law Reports – 176 de volume!) Termenul de cod-code – în dreptul englez – o asemenea culegere, o antologie, un colaj într-un text unic fiind esențial diferit de cel european continental.

- Ierarhia tribunalelor englezești se reflectă și în privința imperativității precedentului – tribunalul superior obligă pe cel inferior și uneori se obligă pe sine. House of Lords se obligă pe sine și toate Curțile inferioare. The Court of Appeal se obligă pe sine cât și Curțile inferioare, în timp ce The Court of Criminal Appeal obligă numai pe cele inferioare. Prin Divizional Court coborâm către Country Court care sunt obligate înaintea celorlalte dar care nu au puterea de a institui precedente obligatorii.

- La orice nivel obligativitatea precedentului trebuie căutată în ratio decidendi.
- Tipologia precedentelor reține: precedentul imperativ, de autoritate (binding precedent, authoritative precedent); precedentul facultativ (persuasive precedent); precedentul de conformare la alt precedent (declaratory precedent); precedentul nou creat (original precedent) precedentul discret, implicit (precedent subsilento);

- Există mijloace de a te elibera de precedente ori de câte ori aplicarea lor ar conduce la rezultate pe care judecătorul le consideră injuste. Dacă o Curte superioară decide să nu țină seama de un precedent formulat de o Curte inferioară se pronunță în sensul dorit și precedentul va fi overruled fiind înlocuit de cel nou și de nivel superior. Curtea inferioară se va putea elibera de precedentul Curții superioare numai identificând diferențe de facto între cazul examinat și acela care face obiectul precedentului.

- Trebuie să menționăm că diferite curente ale doctrinei juridice, cum sunt „școala finalistă” a dreptului (Ihering), curentul „liberei cercetări” a dreptului din Franța (F. Geny) sau mișcarea „dreptului liber” (Freirechts-bewegung) din Germania (Erlich, Fuchs), „curentul existențialist” (G. Cohn) și altele, se pronunță defavorabil menținerii jurisprudenței între izvoarele dreptului.

6. În prezent, cu privire la practica judiciară ca izvor de drept în țara noastră, având în vedere că potrivit dispozițiilor constituționale cuprinse în art. 124 alin. (2) „Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii”, sunt de reținut câteva importante nuanțări.

- Astfel, art. 147 alin. (4) din Constituție menționează că: „Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor”.

- De asemenea, în condițiile prevăzute de Legea nr. 554/2004 privind contenciosul administrativ, instanțele judecătorești pot anula un act administrativ cu caracter normativ, care nu întrunește condițiile de legalitate.

- În cazul recursului în interesul legii, dezlegarea dată problemelor de drept judecate de către Înalta Curte de Casație și Justiție este obligatorie pentru instanțe, fără ca soluția să aibă efect asupra hotărârilor examinate sau asupra părților din procesele în care au fost pronunțate.

- În sfârșit, în caz de casare hotărârile instanței de recurs asupra problemelor de drept dezlegate sunt obligatorii pentru judecătorii fondului¹⁰.

- Mutații calitative esențiale cunoaște jurisprudența, ca izvor de drept în România, odată cu recunoașterea jurisdicției obligatorii a „Curții Europene a Drepturilor Omului” de către țara noastră (Legea nr. 30/1994)¹¹.

- Pentru țările Uniunii Europene, având în vedere că, dreptul Uniunii Europene reprezintă „o ordine juridică proprie, integrată sistemului juridic al statelor membre și care se impune jurisdicțiilor lor” izvoarele dreptului Uniunii Europene, inclusiv jurisprudența (Curtea de Justiție de la Luxemburg), reprezintă o categorie prioritară.

IV. Judecătorul și practica juridică în societatea globală

7. Mutațiile majore produse în contextul actual asupra dreptului, permit să se susțină că asistăm în societatea globală, la o „nouă revoluție a dreptului”. Astfel în viziunea autorilor J. Allard și A. Garapon¹², această sintagmă se caracterizează printr-o serie de note definitorii, în raport cu „dreptul tradițional”, cu privire la care, în termenii autorilor, am reținut:

- Relația tradițională legiuitor – care elaborează dreptul – și judecător care, în genere, aplică dreptul, – devine, complexă, multinivelară, de circularitate și cu legitimări specifice, de pildă când judecătorul Curților Europene de la Strasbourg sau Luxemburg obligă legiuitorul național la conformare, sau în relație cu diverse jurisdicții internaționale.

- Izvoarele formale ale „noului drept” cunosc construcții normative precum Dreptul Uniunii Europene, Jurisprudența Curții Europene a drepturilor omului, „dreptul uniform” stabilit prin Convenția de la Viena privind vânzările fondat pe interesul pentru reciprocitate în materie sau normele justiției penale internaționale fondate valoric pe civilizație și umanitate și concepute ca mijloc de ieșire din conflict și pacificare. Acestea însă se articulează, se încastrează în experiența judiciară comună, în scena judiciară mondială, unde dreptul se scrie precum un scenariu

¹⁰ Ciobanu, V.M. *Tratat teoretic și practic de procedură civilă*, Ed. Național, București, 1996, vol. 1, pp. 166-167.

¹¹ Albici, M. *România și justiția europeană*, în revista Palatul de Justiție nr. 9/2005.

¹² Allard, J., Garapon, A. *Judecătorii și globalizarea. Noua revoluție a dreptului*, Ed. Rosetti Educațional, București, 2010, pp. 7-14, 75-125.

semnat de mai mulți autori, „la mai multe mâini” (R. Dvorkin). În acest nou forum judiciar „noul drept” vine uneori pe o cale cotoată tradițional ca informală, de o manieră uneori bulversantă când „jurisdictio” este gândit separat de „imperium”, dar care devine de neignorat, solidar cu normativitatea instituită formal, cu mare autoritate persuasivă, imperativ, susținut de eficacitatea sa concretă, de multiplicarea surselor argumentative, provenite din decizii străine, doctrina juridică exemplară și din spații de cultură juridică diferite. Se naște astfel un spațiu judiciar relativ independent de orice referință la un sistem juridic omogen și coercitiv, care pare a fi – în viziunea autorilor citați – cheia noii revoluții a dreptului.

- Generalul, configurat tradițional de către lege, de către norma juridică, în care decizia judecătorului trebuia să încadreze particularul cazuistic, devine acum contextul juridic mondializat, care deschide judecata spre un universal care transcende culturile și sistemele normative naționale.

- Statutul și decizia juridică a judecătorului internațional cunosc niveluri diferite și solidare de legitimitate, cu participarea sferei juridice naționale, și prin „exportarea” acesteia, a influenței statului din care provine, a reprezentativității, a capacității judecătorului de a fi un interpret cultural, de a înțelege și judeca o cauză în termenii unei experiențe globalizante. În această ipostază judecătorul acceptă multiplicarea surselor sale argumentative, ca argumentul său să fie evaluat de alții, punându-și în joc mai mult decât o legitimitate instituită-o pretenție de legitimitate, o legitimitate construită și cucerită în fiecare caz, în fața unui auditoriu universal. Apare în prim plan o legitimitate imanentă rațiunii juridice, care emană din funcționarea însăși a jurisdicțiilor în spațiul public mondial din structura normativ-procedurală a dreptului, și care se raportează permanent la exigențe specifice precum cele ale modelului comun de proces echitabil: publicitatea, termenul rezonabil, legalitatea, independența și imparțialitatea jurisdicției, caracterul contradictoriu al procedurii, prezumția de nevinovăție, informarea acuzatului, asistența unui avocat... (art. 6 din Convenția europeană a drepturilor omului).

8. Dreptul contemporan¹³ relevă că lumea juridică este multiplă, heterogenă, complexă, interactivă și fluidă. Pluralismul juridic, comportament ghidat de mai multe ordini juridice, devine o nouă paradigmă a dreptului. Dreptul nu este legat numai de recunoașterea oficială, ori de monopolul forței statelor iar concepția occidentală nu poate fi universală, ignorând alte ordini juridice. Apar concepte mai largi ca regularizare și spațiu guvernabil și tipuri de autoritate și coduri specifice pentru conduite dezirabile și indezirabile. În acest context, reflecția asupra dreptului are loc sub semnul pluralismului filosofic. Incontestabil, în contemporaneitate putem evidenția coexistența unor școli și curente precum: filosofia dreptului natural, pozitivismul, utilitarismul, școala istorică a dreptului, obiectivitatea valorilor, raționalismul, marxismul, analitica limbajului, postmodernismul ș.a. În spațiul continental european sunt semnalate tendințe¹⁴ precum: ascensiunea dreptului negociat (între stat-puteri private, factor supranațional); rețelele sociale ghidate de idealul libertății și egalității cetățenilor sunt pluraliste, flexibile, creative, cu frontiere tot mai precare între norme și fapte; televiziunea și internetul revitalizează idealul democrației directe; în materia drepturilor omului se remarcă dispute în jurul „balanței intereselor”, în cazul unor conflicte dintre drepturi fundamentale precum cel dintre libertățile individuale și securitatea națională în privința terorismului, în privința cărora filosofia dreptului ar trebui să propună mai pregnant criterii de legitimitate ș.a.

Câteva concluzii

Jurisprudența, ca reflecție specializată asupra cazuisticii în drept este o componentă majoră a gândirii juridice, a filosofiei dreptului. Ea nu poate fi înțeleasă mecanic, izolat, dogmatic. Orice speță juridică este inevitabil impregnată de teorie. Realitatea juridică este ea însăși un construct teoretic. Semnificațiile jurisprudenței, mereu vulnerabile, sunt configurate prin contribuții disciplinare, interdisciplinare și transdisciplinare, depind de viziunea asupra unei cunoașteri juridice integrative, de o concepție despre lume și sensul vieții. Ele sunt marcate profund de contexte sociale, precum în societatea globală, rămânând deschise cunoașterii și practicii istorice.

¹³ *Ibidem*, pp. 101-145.

¹⁴ Haarscher G., *Some, Contemporary Trends in Continental Philosophy of Law*, pp. 300-313, în Golding M.P. and Edmundson W.A. (edit.) *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell Publishing, Malden, Oxford, Victoria, 2005.

JURISPRUDENȚA – IZVOR DE DREPT

Jurisprudence – Source of Law

Mihai BĂDESCU*

Rezumat: Totalitatea modalităților de exprimare a conținutului dreptului sunt cunoscute în literatura de specialitate sub denumirea de izvoare sau surse ale dreptului, existând două accepțiuni ale noțiunii de izvor de drept și anume: izvor de drept în sens material cunoscut și sub denumirea de izvor material sau real și izvor de drept în sens formal sau izvor formal.

Practica judecătorească sau jurisprudența reprezintă unul dintre izvoarele formale ale dreptului. Aceasta este definită ca reprezentând ansamblul hotărârilor judecătorești pronunțate de către instanțele de toate gradele, incluzând experiența practică a organelor judecătorești care aplică dreptul la cazuri concrete.

Fiind anterioară legii ca izvor de drept, jurisprudența nu a avut același rol în sistemele de drept, rolul și menirea sa fiind diferențiate de la o epocă istorică la alta, de la un sistem de drept la altul. Astfel, vom aduce în discuție, succint, câteva aspecte specifice jurisprudenței în dreptul contemporan, în dreptul romano-germanic, în cel anglo-saxon, insistând ceva mai mult pe practica judecătorească din România, pe acele situații excepționale, prevăzute de Constituție și de alte legi, care îndeamnă la reconsiderarea practicii judiciare ca izvor de drept.

Cuvinte-cheie: practică judiciară, izvor de drept, legiuitor, normă de drept, hotărâre judecătorească.

Abstract: All the ways of expressing the content of the right are known in the literature as the sources or sources of law, with two concepts of the concept of the source of law, namely: a source of law in a material sense also known as a material or real source; and a source of law in formal or formal form.

Judicial practice or jurisprudence is one of the formal sources of law. This is defined as the set of judgments delivered by courts of all grades, including the practical experience of the law enforcement bodies applying the right to concrete cases.

Being precursor to the law as a source of law, jurisprudence did not play the same role in law systems, its role and purpose being differentiated from one historical period to another, from one system of law to another. Thus, we will briefly discuss some aspects specific to jurisprudence in contemporary law, in Roman-German law, in the Anglo-Saxon, insisting little more on the Romanian judicial practice, on those exceptional situations provided by the Constitution and other laws that urge reconsideration of judicial practice as a source of law.

Keywords: judicial practice, source of law, legislator, rule of law, court order.

1. „Dreptul trece în existența faptică mai întâi prin formă, prin faptul că este pus ca lege (...)”¹. Altfel spus, pentru a fi respectat, dreptul trebuie să-și găsească consacrare într-o anumită formă, într-o anumită modalitate de exprimare.

Modalitățile de exprimare a conținutului dreptului – în teoria dreptului și în științele juridice de ramură – sunt cunoscute sub denumirea de **izvoare/surse ale dreptului**².

Sunt cunoscute două accepțiuni ale noțiunii de izvor de drept: **izvor de drept în sens material (izvoare materiale sau reale)** și **izvor de drept în sens formal (izvoare formale)**, forme de exprimare a normelor de drept³.

Izvoarele materiale, denumite și izvoare reale, desemnează faptul social, forțele creatoare sau factorii care configurează dreptul, acele „dat”-uri ale dreptului, realități exterioare acestuia și care determină acțiunea legiuitorului sau care dau naștere unor reguli izvorâte din necesitățile practice⁴.

Acestea sunt așadar, cauzele ultime ale dreptului, „forțele creatoare” ale acestuia (Ripert). Sunt considerate, în acest sens, **izvoare materiale: factorii de configurare a dreptului** (mediul/cadrul natural, cadrul social-economic, cadrul istoric, etnic, național, cadrul politic, cultural-ideologic, factorul internațional și factorul uman), **dreptul natural, rațiunea umană. conștiința juridică**⁵.

* Prof. univ. dr., Academia de Studii Economice București; Membru titular al Academiei Oamenilor de Știință din România; e-mail: badescu.vmihai@gmail.com.

¹ Hegel, *Principiile filosofiei dreptului*, Ed. Academiei RSR, București, 1969, p. 242 (apud Popa N., *Teoria generală a dreptului*, ed. 5, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 152).

² Popa N., *op. cit.*, p. 152.

³ Pe larg, a se vedea, Bădescu M., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2018, p. 107-108.

⁴ Popa N., *op. cit.*, p. 152.

⁵ Bădescu M., *op. cit.*, p. 107.

Izvoarele formale au în vedere mijlocul cu ajutorul căruia se exprimă izvoarele materiale, forma exterioară pe care o îmbracă dreptul în ansamblul normelor sale, modalitățile prin care conținutul perceptiv al normei de drept devine regulă de conduită și se impune ca model de urmat în relațiile dintre oameni⁶.

Teoria clasică a izvoarelor dreptului deosebește *izvoarele scrise* de *izvoarele nescrise*, *izvoarele oficiale* de *izvoarele neoficiale*, *izvoarele directe* de *izvoarele indirecte*.

Izvoarele formale ale dreptului – impuse de evoluția de până acum a dreptului – sunt: obiceiul juridic, practica judecătorească (jurisprudența) și precedentul judiciar, doctrina, contractul normativ și actul normativ.

2. Practica judecătorească, denumită și **jurisprudență**, este definită ca fiind totalitatea hotărârilor judecătorești pronunțate de către instanțele de toate gradele.

Din punct de vedere etimologic, „*jurisprudență*” derivă din lat. „*juris*” (drept) și „*dictio*” (pronunțare).

Ca izvor de drept formal – în sistemele juridice care o consacră ca atare – jurisprudența include experiența practică a organelor judecătorești care aplică dreptul la cazuri concrete⁷.

În raport cu legea, jurisprudența cunoaște trei forme care denaturează legea într-o măsură mai mică sau mai mare. Acestea sunt⁸:

- *jurisprudența obligatorie în virtutea legii*, a unei delegări a legii (*secundum legem*), împrejurare în care jurisprudența nu poate fi contestată ca izvor de drept, pentru motivul că aceasta nici nu modifică legea (și nici nu o completează), puterea ei derivă din legea în vigoare, contribuind sau chiar determinând aplicarea legii;

- *jurisprudența în completarea legii (praeter legem)*, împrejurare în care acest tip de jurisprudență are rolul de a completa legea sau de a o suplini, acolo unde există lacune legislative. Lacunele legislative pot avea mai multe cauze. Mai întâi, aducem în analiză diversitatea și mobilitatea relațiilor sociale. Apoi, nu trebuie omis faptul că norma juridică – care are un caracter general – nu poate, oricât de perfectă ar fi exprimarea ei, să cuprindă toate situațiile care pot să apară în realitatea socială. Legiuitorul nu poate și nici nu trebuie să prevadă totul⁹. Nu poate, pentru că îi este imposibil să cuprindă normativ nevoile societății atât de extinse (Portalis). Nu trebuie, deoarece într-o legislație este necesară existența unor „zone albe”, a unor „concepții supape” care „să permită dilatația și comunicarea cu lumea din afară [...]”¹⁰ care să prevină astfel, excesul de comprimare a sistemului legislativ. Din această perspectivă, interpretarea *praeter legem* poate fi considerată un tip de interpretare creatoare a legii de către judecător; deși formal, se păstrează în limitele textului legal, deși legea nu este contrazisă, prin acest tip de interpretare, conținutul legii poate fi modificat în mod subtil sau poate fi chiar deformat;¹¹

- *jurisprudența împotriva legii (contra legem)* presupune faptul că judecătorul dă legii o interpretare într-un sens contrar celui avut în vedere la legiferare de către legiuitor, modalitate de interpretare admisibilă numai în măsura în care normele juridice aplicabile constituie numeroase anacronisme, fiind în mod clar depășite de dezvoltarea societății. Chiar și în această ipoteză, achiesăm la opinia potrivit căreia jurisprudența *contra legem* nu trebuie să-și găsească loc în sistemele moderne de drept¹².

3. Din punct de vedere istoric, câteva considerații privitoare la evoluția jurisprudenței ca izvor de drept sunt, credem, bine-venite.

Fiind anterioară legii ca izvor de drept, jurisprudența nu a avut același rol în sistemele de drept, rolul și menirea sa fiind diferențiate de la o epocă istorică la alta, de la un sistem de drept la altul. Astfel:

- în Antichitate și Feudalism, alături de cutumă – care era considerată principal izvor de drept – jurisprudența a avut o poziție importantă în ierarhia izvoarelor dreptului, rol care, după cum vom constata, se reduce cu timpul, în special în țările europene continentale, ca urmare a promovării masive a codificărilor;

- la Roma, regele era judecător și creator de norme juridice în același timp.; după crearea regalității, hotărârile pretorilor (edictate) au devenit obligatorii pentru toți magistrații, formând cunoscutul *drept pretorian* (denumit și *drept onorar*¹³), constituindu-se astfel, ca un important izvor de drept; după formarea imperiului, rolul pretorilor scade, împăratul fiind cel ce face legile¹⁴;

⁶ *Ibidem*.

⁷ A se vedea, pe larg, Ionașcu T., *Jurisprudența – izvor de drept*, în Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu-Jiu, Secția Științe Juridice, nr. 3/2014, p. 31-38.

⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁹ Bădescu M., *op. cit.*, p. 168.

¹⁰ G. Del Vecchio, *Justitia*, p. 160. În același sens, „nu trebuie să-i blamăm pe juriști – scrie Levy-Bruhl – dacă, deturnând un text de la sensul său primar, o fac după cum este de cele mai multe ori cazul, pentru a permite darea unei soluții mai echitabile cazului ce le este dat. Făcând o lejeră entorsă moralității vulgare, ei se pun în serviciul unei moralități superioare” (H. Levy-Bruhl, *Sociologie du Droit*, P.U.F., Paris, 1971, p. 108, *apud* Popa N., *op. cit.*, p. 206).

¹¹ Ionașcu T., *op. cit.*, p. 32.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*, p. 33.

¹⁴ Împăratul Justinian a codificat întregul drept roman, desființând – pe cale de consecință – puterea creatoare (de până atunci) a dreptului pretorian și a jurisconsulților.

- în secolul al XIII-lea, în Anglia, au apărut colecții de jurisprudență numite *reports*;
- creșterea puterii monarhului, concomitent cu codificările importante din țările europene continentale, au condus la pierderea de către jurisprudență a rolului de principal izvor de drept (cu excepția, după cum vom vedea, a țărilor anglo-saxone); mai mult decât atât, în timpul Revoluției burgheze franceze, rolul practicii judiciare a fost drastic limitat¹⁵.

Cu timpul, unele curente și școli de drept s-au pronunțat în mod deschis împotriva menținerii practicii judiciare între izvoarele (formale) ale dreptului, motivând această atitudine prin faptul că jurisprudența opune rezistență la nou, nefiind în măsură să ofere modele juridice potrivite dinamicii sociale¹⁶.

4. În dreptul contemporan, rolul de izvor de drept al jurisprudenței diferă de la un sistem (familie) juridică la altul (a), fiind vorba de cele mai importante familii de drept din lume: familia dreptului romano-germanic și familia dreptului anglo-saxon).

În dreptul țărilor în care sistemul juridic aplicabil este cel **anglo-saxon** (Anglia, S.U.A., Canada ș.a.) *precedentul* este autoritatea pe care o poate avea o decizie judiciară în cazurile analoage celei în care a fost pronunțată¹⁷. În dreptul anglo-saxon, dacă există drept legal într-o materie, hotărârea judecătorului are valoarea relativă a lucrului judecat (*res iudicata*). În această situație, precedentul are o valoare de sursă interpretativă a dreptului¹⁸. Dacă însă nu există act normativ (lege) sau acesta este neîndestulător, atunci autoritatea deciziei (hotărârii) este generală, asemănătoare autorității legii, fiind aplicabilă *erga omnes*. Judecătorul nu mai are atribuția de a aplica regula de drept, ci de a degaja regula de drept¹⁹ care devine obligatorie pentru instanțele inferioare în grad ori de același grad cu cea care a pronunțat-o. Decizia leagă și instanța care a pronunțat-o, deși această a doua regulă nu este la fel de strictă ca prima și se aplică diferit în dreptul englez și cel american²⁰.

Precedentul nu este decizia în totalitatea sa, ci *ratio decidendi* al acesteia, adică principiul în virtutea căruia o cauză este rezolvată, motivele care determină direct decizia, esența raționamentului judiciar. *Ratio decidendi* trebuie distinsă de *obiter dicta*, adică de ceea ce judecătorul declară fără ca acesta să fie absolut necesar. Doar *ratio decidendi* este obligatorie, *obiter dicta* având o valoare persuasivă²¹.

Cea mai importantă problemă – consideră autorii anterior citați – în dreptul anglo-saxon, este cea a distincțiilor. Mai întâi, judecătorul trebuie să distingă între *ratio decidendi* și *obiter dicta*, luând în considerare doar principiul și apoi să distingă între deciziile ce constituie precedent care sunt pertinente într-o materie și deciziile date din eroare sau inadecvate (*per incuriam*) și care nu constituie precedent. Această activitate de distingere este creatoare, asigurând dezvoltarea jurisprudenței și evitând ca regula precedentului să devină o simplă aplicare a soluțiilor date deja.²²

5. În dreptul romano-germanic (din care face parte și dreptul românesc) poziția jurisprudenței este alta față de dreptul anglo-saxon.

Jurisprudența este rezultatul interpretării și aplicării dreptului, realizată de organul judiciar potrivit **voinței legiuitorului** care a adoptat norma juridică. În acest sens, instanțele de judecată soluționează (toate) cauzele (de drept public sau de drept privat) ce se deduc în fața lor și pronunță hotărâri (sentințe) pe baza legii. Judecătorul – sesizat prin acțiune sau rechizitoriu – **trebuie** să judece cauza și să pronunțe sentința interpretând și aplicând o normă juridică. Activitatea judecătorului este guvernată de două importante principii:

- judecătorul se pronunță întotdeauna în cauza pe care o judecă și nu are dreptul să stabilească dispoziții generale în afara speței particulare ce se deduce în fața sa;
- judecătorul nu este legat de o hotărâre într-o cauză similară, pronunțată de un alt judecător și, mai mult chiar, nu este legat nici chiar de hotărârile sale anterioare.

Argumente, precum acela că principiul independenței judecătorului se opune ideii conform căreia precedentul judiciar este izvor de drept, nu-și pot găsi suport în principiile statului de drept. Într-un stat de drept, legea trebuie să aibă același înțeles pentru toți; judecătorul este independent față de alte autorități și față de toți particularii, dar nu față de lege. Dimpotrivă – așa cum scrie un autor²³ –, **judecătorul trebuie să fie obedient față de lege**²⁴.

¹⁵ Spre exemplu, cu prilejul adoptării Codului civil francez (1804), Portalis afirma că trebuie să existe o jurisprudență cu rol de a umple golurile legii, susținând în același timp că „toate materiile trebuie reglementate de legi [...] abandonând jurisprudenței cazurile rare și extraordinare, precum și pe cele neprevăzute de legi” (apud Ionașcu T., *op. cit.*, p. 34).

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ A se vedea, pe larg, Dănișor D.-C., Dogaru I., Dănișor Gh., *Teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, Ed. C. H. Beck, București, 2008, p. 151-162.

¹⁸ Brun H., Tremblay G., *Droit constitutionnel*, Les Editions Yvon Blais inc., Cowanville, Quebec, 1990, p. 24.

¹⁹ David R., Janffret-Spinosi C., *Les grands systèmes de droit contemporaine*, Dalloz, Paris, 1992, p. 306.

²⁰ *Ibidem*, p. 351-353 (apud Dănișor D.-C., Dogaru I., Dănișor Gh., *op. cit.*, p. 160).

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ A se vedea Hotca M. A., *Este jurisprudența izvor de drept în sistemul de drept român?* (<http://www.Hotca.ro/index.bhp/blog-pot-este-jurisprudența-izvor-de-drept-în-sistemul-de-drept-român>).

²⁴ Însăși Constituția României proclamă principiul că **judecătorul se supune numai legii**.

Așadar, admitem, alături de alți autori²⁵, că valoarea precedentului în dreptul romano-germanic se conturează în funcție de trei reguli fundamentale:

- obligația judecătorului de a judeca;
- interdicția de a legifera, de a se pronunța pe calea unor decizii generale;
- relativitatea lucrului judecat.

Mai întâi, judecătorul trebuie să judece chiar dacă dreptul legal este lacunar. Sistemul de drept nu admite lacune, căci orice situație socială trebuie să fie reglementată, dacă nu de o normă legală, cel puțin de un principiu fundamental.

În sistemul romano-germanic, rolul creator al jurisprudenței (din cel anglo-saxon) este subordonat legii.

Teoretic, judecătorul nu poate adăuga sistemului juridic o normă nouă, el doar descoperă o normă existentă, implicit, în sistem²⁶. El nu procedează ca judecătorul englez, formulând un principiu, ci se declară legat de un principiu care există deja și căruia îi face aplicația. Diferența față de dreptul anglo-saxon este că precedentul astfel creat nu este obligatoriu, ci are doar valoare persuasivă. Judecătorul nu este obligat să aplice în spețele similare principiul ce constituie *ratio decidendi* al unei decizii anterioare. În mod practic însă, el se va sprijini pe acest principiu, deși nu poate invoca jurisprudența anterioară ca pe un temei juridic al noii decizii. El va invoca principiul ca fiind inerent sistemului și nu ca fiind creat de practica judiciară²⁷.

În al doilea rând, potrivit principiului separației puterilor în stat, doar Parlamentul poate legifera. Prin urmare, a recunoaște jurisprudenței caracterul de izvor de drept, înseamnă a încălca acest principiu fundamental. În acest sens, pentru a evita imixtiunea judecătorului în exercițiul funcției legislative a parlamentului, legislația civilă din țările sistemului romano-germanic interzice judecătorului să se pronunțe pe calea unor dispoziții generale sau reglementare.

În al treilea rând, în sistemele de drept romano-germanice, hotărârea judecătorească se bucură doar de autoritatea relativă a lucrului judecat, ceea ce înseamnă că decizia nu este obligatorie decât în cauza în care a fost pronunțată (*res iudicata inter partes tantum ius facit*). Această regulă este de o importanță fundamentală, deoarece judecătorul nu este obligat să dea aceeași soluție într-o altă cauză. El nu este legat în viitor nici de propria practică, nici de practica instanțelor superioare, ceea ce duce la concluzia că precedentul nu are nicio valoare juridică obligatorie, el bucurându-se doar de o *autoritate intelectuală*²⁸.

În concluzie, în această lumină, **jurisprudența nu poate avea un rol creator, nu poate fi izvor de drept.**

6. În dreptul românesc, cu toate cele precizate mai sus, putem accepta că există **situații**, este adevărat, **excepționale**, prevăzute de Constituție și de alte legi, **care îndeamnă la reconsiderarea practicii judiciare ca izvor de drept.**

Aceste situații privesc²⁹:

- a) deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție (ÎCCJ) pronunțate în materia recursurilor în interesul legii (R.I.L.) și a dezlegării unor chestiuni de drept;
- b) deciziile Curții Constituționale;
- c) hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului și ale Curții de Justiție a U.E..

a) Potrivit art. 126 alin. (3) din Constituția României, „*Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale*”. Această atribuție constituțională este realizată prin unitatea propriei sale practici dar, în mod special, prin **soluționarea R.I.L.**

- sesizarea Curții este făcută de către procurorul general de pe lângă Î.C.C.J., de colegiul de conducere a Î.C.C.J., de colegiile de conducere ale curților de apel și de Avocatul Poporului;
- cei care au drept de sesizare trebuie să facă dovada că problemele de drept care formează obiectul R.I.L. și-au găsit interpretări și soluții diferite, cuprinse în sentințe definitive, în practica instanțelor judecătorești de pe teritoriul țării, anexând aceste hotărâri la cererea de recurs;
- judecarea R.I.L. se face de către un complet special, suficient de reprezentativ la nivelul Curții (președintele sau vicepreședintele Curții, președinții de secții, 14 judecători din secția în a cărei competență intră problema de drept în dezbatere, câte 2 judecători din cadrul celorlalte secții);
- decizia Î.C.C.J. are **autoritate de lucru interpretat**, nu are efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate (acestea nu vor fi reformate prin efectul considerentelor deciziei);
- la dezbateri nu sunt citate părți, nu participă avocați;
- deciziile sunt obligatorii pentru instanțele care vor soluționa în viitor cauze analoage;
- deciziile sunt publicate în Monitorul Oficial al României, Partea I.

²⁵ A se vedea Dănișor D.-C., Dogaru I., Dănișor Gh., *Teoria generală a dreptului*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 159-162.

²⁶ *Ibidem*, p. 161.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ *Ibidem*, p. 162.

²⁹ Popa N., *op. cit.*, p. 163-165.

Cu privire la dreptul Î.C.C.J. de a asigura, pe calea deciziilor date în R.I.L., C.C.R. a fost sesizată cu o excepție de neconstituționalitate privind esența acestui drept, pe motiv că prin aceasta se încalcă art. 124 din Constituție. Motivarea acestei excepții de neconstituționalitate constă în aceea că, întrucât numai legea este izvor de drept, interpretarea dată de Î.C.C.J. în secțiile reunite, ar conduce la o subordonare a voinței judecătorului acestei instanțe. Pe de altă parte, se susține că, în realitate, uniformizarea practicii judecătorești se realizează prin intermediul căilor ordinare de atac.

Prin Decizia nr. 528/1997, Curtea Constituțională a respins excepția de neconstituționalitate ridicată, statuând că „*principiul supunerii judecătorului numai față de lege, potrivit art. 124 alin. (3) din Constituție, nu are și nu poate să aibă semnificația aplicării diferite și chiar contradictorii a uneia și aceleiași dispoziții legale, în funcție exclusiv de subiectivitatea interpretării unor judecători diferiți*”. Asigurarea caracterului unitar al practicii judiciare este impusă și de principiul constituțional al egalității cetățenilor în fața legii și a autorităților publice, deci inclusiv al autorităților judecătorești.

Deciziile date în interesul legii se impun prin forța argumentelor și calitatea motivației. Ele sunt, așa cum s-a arătat, *obligatorii*.

În conformitate cu noua legislație procesual civilă și procesual penală, a fost introdus un nou instrument pentru asigurarea unei practici unitare (alături de R.I.L. analizat anterior): posibilitatea sesizării ÎCCJ în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru **dezlegarea unor chestiuni de drept**³⁰.

Noua procedură constă în posibilitatea unui complet de judecată al ÎCCJ, a unei curți de apel sau a tribunalului investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță care constată, în cursul judecării, că o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective este nouă, să poată suspenda judecata și să sesizeze ÎCCJ.

Completul special organizat la ÎCCJ va pronunța o decizie, iar dezlegarea dată de ÎCCJ este obligatorie.

Aceste soluții interpretative în cele două situații sunt invocate ca **precedente judiciare** în activitatea judecătorească, pe baza lor soluționându-se cauzele cu care sunt investite instanțele de judecată. Este și motivul pentru care se consideră că soluțiile ÎCCJ se pot înscrie în rândul izvoarelor **secundare de drept**.

Faptul că aceste decizii conțin sau nu norme de drept nu are nicio relevanță, cât timp nu sunt considerate acte normative, ci numai „izvoare de drept”³¹. Mai mult decât atât, respectivele decizii care conțin, așadar, dispoziții obligatorii, pot fi incluse cu ușurință în categoria *normelor juridice interpretative*.

În sensul celor de mai sus, aducem în analiză **Decizia nr. 2014/2007 a Curții Constituționale a României (CCR)** care a admis că „*instituția recursului în interesul legii conferă judecătorilor instanței supreme dreptul de a da o anumită interpretare, unificând astfel diferențele de interpretare și de aplicare a aceluiași text de lege de către instanțele inferioare. Asemenea soluții interpretative, constante și unitare, care nu privesc anumite părți și nici nu au efect asupra soluțiilor anterior pronunțate, ce au intrat în puterea lucrului judecat, sunt invocate în doctrină ca „precedente judiciare”, fiind considerate de literatura juridică „izvoare secundare de drept” sau „izvoare interpretative” (...)*”.

b) Deciziile Curții Constituționale

În privința Curții Constituționale, mai întâi, se impun câteva precizări:

- poziția CCR este fixată în sistemul etatic prin Titlul V al Constituției României (art. 142-147);
- CCR este garantul supremației Constituției;
- CCR este o autoritate autonomă, ea nu face parte din autoritatea legislativă, executivă sau judecătorească;
- principalele atribuții ale CCR privesc controlul constituționalității legilor (a inițiativelor de revizuire a Constituției, tratatelor și acordurilor internaționale, regulamentelor și hotărârilor Parlamentului și a ordonanțelor) înainte de promulgarea acestora sau, pe calea excepției de neconstituționalitate, soluționarea conflictelor de natură constituțională dintre autoritățile publice ș.a.

Ne raliem opiniei de autoritate a prof. Nicolae Popa (și nu numai), potrivit căreia, deciziile CCR în cazul excepției de neconstituționalitate prezintă caracteristici ale precedentului judiciar³². Excepția de neconstituționalitate a unui text de lege sau ordonanță se ridică în fața unei instanțe de judecată, unde părțile își apără sau își valorifică un interes legitim. În asemenea cazuri, CCR se pronunță *în drept*, ea nu soluționează pe fond litigiul, acest lucru îl face judecătorul fondului. Deciziile de neconstituționalitate au efecte *erga omnes* și nu *inter partes litigantes*.

Caracterul de izvor de drept este mai vizibil în cazul în care instanța de control constituțional revine asupra practicii sale, ipoteză în care cel puțin o dată s-a creat drept, deoarece norma juridică a cărei constituționalitate a fost constatată nu poate avea înțelesuri diferite, chiar dacă interpretarea sa este făcută la momente diferite³³.

³⁰ Sediul materiei îl reprezintă art. 519-521 C. pr. civ. și art. 475-477¹ C. pr. pen.

³¹ Adică forme „*de exprimare a normelor juridice care sunt determinate de modul de edictare sau sancționare a lor de către stat*” (vezi Muraru I., Tănăsescu S.-E., *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2003, vol. I, p. 26 (*apud* Hotca M.-A., *op. cit.*, p. 3).

³² Popa N., *op. cit.*, p. 166.

³³ A se vedea, spre exemplu, Decizia nr. 100/2004 (a CCR), publicată în M. Of. Nr. 261 din 24 martie 2004.

În același sens, în ipoteza în care norma declarată neconstituțională a fost aplicată deja în practică (într-un sens contrar Constituției), deciziile CCR fiind *erga omnes*, înseamnă că jurisprudența CCR a creat drept, pentru că norma declarată neconstituțională nu mai poate fi aplicată pentru viitor. În cazurile de revenire asupra jurisprudenței Curții, soluția este echivalentă – *mutatis mutandis* – cu cea în care legiuitorul, după ce a adoptat o lege, o modifică sau o abrogă³⁴.

Observăm așadar, în loc de concluzie, că atât în ceea ce privește domeniul recursurilor în interesul legii și cel al „dezlegării date problemelor (chestiunilor) de drept”, precum și în privința declarării neconstituționalității unor norme juridice, ÎCCJ și CCR au „rol creator”, întrucât creează reguli obligatorii pentru toți judecătorii.

c) Hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO) și ale Curții de Justiție a UE (CJUE)

CEDO este o instanță supranațională care garantează respectarea drepturilor omului de către organele jurisdicționale aparținând statelor parte la Convenția Europeană în materie. Această instanță pronunță **hotărâri obligatorii pentru instanțele și autoritățile naționale**.

Alături de alți autori³⁵ opinăm că hotărârile CEDO au și ele calitatea de izvor de drept, deoarece, potrivit art. 20 alin. (1) din Constituție, dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația universală a drepturilor omului, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte. Conform art. 20 alin. (2) al aceluiași articol, dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care normele dreptului intern sunt mai favorabile. De asemenea, în conformitate cu dispozițiile art. 11 din Constituție, tratatele internaționale la care România este parte, constituie drept intern.

CJUE este o instituție unională, comună UE și EURATOM, care are ca atribuție principală asigurarea respectării dreptului unional în aplicare și interpretarea actelor normative unionale³⁶.

CJUE:

- controlează atât legalitatea actelor normative unionale, cât și a afacerilor administrative ale instituțiilor unionale, supraveghind astfel, atât legislativul, cât și executivul unional;
- poate soluționa atât litigiile existente între organele unionale, între organe și statele membre, precum și litigiile existente între acestea și persoane fizice sau juridice, respectiv între persoane fizice sau între persoane juridice;
- competența CJUE este una obligatorie, părțile în litigiu nu au posibilitatea de a refuza jurisdicția Curții, cu excepția câtorva cazuri limitativ prevăzute;
- deciziile Curții sunt definitive și au forță executorie în cadrul limitelor teritoriale unionale, fiind dispensate chiar și de procedura „exequaturului” sau de orice altă aprobare din partea statului pe teritoriul căruia urmează să fie puse în executare;
- instanțele supreme ale statelor membre UE sau, mai bine zis, instanțele naționale de ultim grad de jurisdicție, sunt obligate, în materia interpretării sau stabilirii valabilității normelor de drept unional, să ceară părerea CJUE ori de câte ori apar neclarități în acest sens, iar Curtea, fără a judeca fondul, printr-o prehotărâre, va tranșa problema pur teoretică, de drept, ridicată de instanța națională;
- în unele situații, CJUE intervine în procedura de ratificare a tratatelor de drept internațional public încheiate de UE, organele unionale fiind obligate să se consulte cu aceasta înainte de semnarea unor astfel de tratate;
- **jurisprudența Curții** – în lumina propriei sale aprecieri –, deși nu este considerată unanim și în mod expres izvor de drept, **este acceptată ca sursă subsidiară a dreptului unional**, contribuind la complinirea lacunelor acestuia, precum și la lămurirea formulărilor mai puțin clare ale actelor normative unionale; mai mult, în materia acțiunilor în anulare, hotărârea CJUE are autoritate absolută de lucru judecat, nu numai *inter partes* (ca în cazul excepției de ilegalitate).

7. „Atitudinea de rezervă față de recunoașterea caracterului de izvor de drept jurisprudenței – scrie prof. N. Popa – este fundamentată pe principiul separației puterilor în stat”³⁷. Este adevărat, într-un stat de drept, autorității legislative îi revine sarcina legiferării, iar celei judecătorești, sarcina aplicării legilor la cazuri concrete. „A recunoaște tribunalelor dreptul la elaborare normativă directă ar însemna a se forța ușa creației legislative, perturbându-se echilibrul puterilor”³⁸.

Cu toate acestea, chiar dacă în sistemele romano-germanice **jurisprudența are o valoare relativă**, rămâne de necontestat faptul că **există totuși reguli jurisprudențiale pe care judecătorul le consideră obligatorii**.

Important de știut, este cum se creează aceste norme jurisprudențiale, care sunt factorii de generalizare a regulii jurisprudențiale și ce îndreptățire are dreptul jurisprudențial.

³⁴ Hotca M.-A., *op. cit.*, p. 4.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Pe larg, a se vedea Gyula F., *Drept instituțional al Uniunii Europene*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 241-242.

³⁷ Popa N., *op. cit.*, p. 166.

³⁸ *Ibidem*.

În teoria dreptului – într-o opinie de autoritate³⁹ – sunt analizate cauzele creșterii ponderii dreptului jurisprudențial în sistemele romano-germanice, în condițiile menținerii regulii neobligativității precedentului judiciar. Aceste cauze sunt situate pe trei planuri:

- a) cauze de filosofie politică;
- b) reconsiderarea noțiunii de reprezentare;
- c) reconsiderarea noțiunii de exercițiu al suveranității naționale.

Din considerente ce țin de spațiul acordat redactării, vom trata numai subiectul de la lit. a), cu recomandarea, pentru cei interesați, să parcurgă pe larg, contribuția autorilor citați.

a) Reorientarea filosofiei politice și a teoriei statului

Prima cauză a creșterii ponderii dreptului jurisprudențial este „*revolta contra formalismului*” (Morton), tentativa de a depăși limitele impuse de recurgerea la structuri rigide. În considerarea acestei teze:

- formalismul – indiferent că este legal sau jurisprudențial – este periculos, căci el este o logicizare excesivă a dreptului, pură și mecanică; a transpune o realitate în concepte este o operație cu necesitate aproximativă; a încerca să încadrezi realitatea în structuri perfect logice este deja o operație absurdă;

- reacțiile împotriva formalismului îmbracă, în societatea actuală, forme diferite, în funcție de sistemul de drept în care se manifestă. Astfel, în sistemele anglo-saxone, ele se transpun în alternarea formalismului așa-zisei «*case method*» și în relativizarea regulii precedentului. În sistemele de inspirație franceză, se constată o revoltă din ce în ce mai accentuată împotriva pozitivismului juridic. În Germania, se înregistrează o revoltă împotriva formalismului «științific» și «conceptual»⁴⁰;

- revolta contra formalismului – care a dat naștere unei multitudini de școli juridice⁴¹ – face ca teza clasică a judecătorului care se rezumă la a aplica legea, să fie pusă sub semnul întrebării. În sistemele romano-germanice judecătorul este subordonat legii. El doar interpretează normele; dar, „*a interpreta legea înseamnă în realitate a o reface*”⁴². Judecătorul creează situația de fapt prin interpretarea pe care el o dă faptelor, în raport de concepțiile sale juridice, filosofice, politice etc.; el aplică acestei reprezentări nu o normă, ci o combinație de norme; pentru a combina trebuie să alegi și a alege înseamnă a decide, chiar a crea. Dacă în completarea lacunelor legii sau în absența legii instanțele persistă într-o anumită decizie, dată fiind independența puterii judecătorești, această decizie capătă caracterul unui adevăr legal, autoritatea absolută a lucrului judecat. Este adevărat că precedentul nu este obligatoriu, dar judecătorii se vor simți datori să respecte un principiu desprins dintr-o jurisprudență constantă, neluând seama la logica formală a sistemului. Mai mulți factori concură la această generalizare⁴³:

- **valoarea intrinsecă a deciziei** – neavând obligația de a se conforma precedentului, *valoarea intelectuală* a acestuia conduce judecătorul să se inspire din el când dă soluția; el nu este obligat să reia formal principiul ce constituie *ratio decidendi* a unei decizii anterioare, dar, în practică, anumite formule de principiu sunt reluate *ad litteram*, constituind o adevărată regulă;

- **nevoia de unitate, de continuitate și de securitate juridică**. Rolul jurisprudenței este, alături de alte constante ale dreptului, de a asigura o anumită securitate raporturilor juridice; în acest sens, judecătorul va căuta nu doar să rezolve cazul concret, ci să coordoneze decizia sa cu celelalte decizii judiciare, să asigure astfel, o unitate și o coerență soluțiilor date, să desprindă anumite idei directoare în procesul de împărțire a dreptății;

- **principiul egalității**. Formarea jurisprudenței rezultă din preocuparea judecătorului de a trata fără discriminare justițiabili; el va fi tentat – chiar dacă nu este obligat juridic – să țină cont de soluțiile date în cazurile similare, pentru a nu contrazice principiul egalității, ceea ce face ca precedentul să devină *de facto* obligatoriu;

- **influența spiritului de corp**. Mediul judiciar constituie o subcultură; judecătorii constituie un corp social, cu idei bine definite, ceea ce favorizează continuitatea concepțiilor ce se exprimă în decizii, în defavoarea opiniilor individuale;

- influența ierarhizării instanțelor; chiar dacă decizia instanței superioare nu constituie în sistemele romano-germanice un precedent obligatoriu, ea este departe de a avea doar o influență intelectuală; judecătorul se va simți obligat să respecte linia instanței superioare, căci o practică în contra precedentelor acesteia, atrage automat, casarea deciziei.

Acestea au fost, pe scurt, câteva considerații privind una din cauzele creșterii ponderii dreptului jurisprudențial în sistemele romano-germanice.

Cu un alt prilej, vom încerca să analizăm și alte cauze, precum: transformarea rolului statului și dreptului în societatea modernă, reconsiderarea noțiunii de reprezentare, reconsiderarea noțiunii de exercițiu al suveranității naționale ș.a.

³⁹ Dănișor D.-C., Dogaru I., Dănișor Gh., *op. cit.*, p. 163-164.

⁴⁰ Cappelletti M., *Le pouvoir des juges*, Economica, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 36-68.

⁴¹ Mayda J., *François Gény and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge, L.A. Stat University Press, 1978, p. 40.

⁴² Troper M. *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, în „Pouvoirs”, nr. 16/1981, P.U.F., p. 40.

⁴³ Pescatore P., *Introduction à la science du droit*, Centre Universitaire de l'Etat, Luxembourg, 1978, p. 112-113.

UNELE ASPECTE METODOLOGICE ALE PRACTICII RECENTE A CURȚII CONSTITUȚIONALE A ROMÂNIEI

Some Methodological Aspects of The Romanian Constitutional Court's Recent Practice

Marius BALAN*

Abstract: În interpretarea legii fundamentale, problemele metodologice sunt probleme constituționale. Respectul necondiționat față de deciziile instanței de contencios constituțional reprezintă punctul nevralgic al arhitecturii statului de drept. Acest respect poate fi erodat nu numai prin atitudinea refractară sau ostilă a actorilor politici, ci și prin inabilitatea sau dezinteresul judecătorilor constituționali pentru aspectele de ordin metodologic ale deciziilor lor. Examinarea critică a practicii recente a Curții Constituționale a României a fost făcută de multe ori din perspectiva soluției, dezirabile sau nu, și mai puțin sub aspectul coerenței logice a argumentației. Ne propunem, în cele ce urmează, să examinăm una din deciziile recente ale Curții Constituționale (decizia nr. 358/2018) fără a lua în discuție caracterul corect sau injust al soluției ca atare, cât mai ales modalitatea prin care instanța de contencios constituțional a ales să-și motiveze decizia.

Cuvintele-cheie: justiție constituțională, conflict juridic de natură constituțională, metodologie juridică, erori logice, ignoratio elenchi.

Abstract: In interpreting fundamental laws, methodological issues become inevitably constitutional issues. The unconditional deference to constitutional courts' decisions constitutes the focal point in the legal architecture of any state following the principles of the rule of law. Such deference can be eroded not only by reluctant or hostile attitude of the political actors, but also by constitutional justices' inability or lack of interest for the methodological aspects in underpinning their decisions. The critical assessment of the recent practice of the Romanian Constitutional Court was undertaken in the majority of cases in regard to the outcome – agreeable or not – and seldom considering the logical coherence of the reasoning. This paper examines one of the recent – and politically charged – decisions of the Romanian Constitutional Court (decision no. 358/2018), without considering extensively the fairness of its outcome, but by focusing on the methods used by the constitutional justices in substantiating their relevant arguments.

Keywords: Constitutional justice, legal conflict of constitutional nature, legal methodology, logical fallacies, ignoratio elenchi.

Respectul necondiționat față de deciziile instanței de contencios constituțional reprezintă punctul nevralgic al arhitecturii juridice a statului de drept.

Legitimitatea soluțiilor pronunțate de judecătorii constituționali rezidă în faptul social al acceptării acestora de actorii politici. Această funcție constitutivă de consens a discursului juridic în cadrul unor proceduri judiciare este serios afectată în cazul în care clasa politică ori societatea în ansamblu său reacționează negativ la o anumită decizie. Chiar dacă decizia este în cele din urmă respectată, faptul că injustețea reală sau imaginară a soluției date de judecătorii constituționali este tematizată în mass media și în dezbaterile politice creează o presiune difuză asupra acestora, determinându-i să adopte în viitor o atitudine mai precaută, dacă nu chiar obedientă față de curente de opinie sau față de constelația de forțe politice a momentului respectiv. Metodologia urmată de o curte constituțională¹ și consecvența în utilizarea unor tipare argumentative poate diminua considerabil aceste pericole. Respectarea strictă a textului legii fundamentale și decelarea riguroasă a tuturor soluțiilor, fie ele și controversate, deducții logice clare și consecvente ferește judecătorii constituționali de reproșurile inevitabile privind un presupus partizanat politic.

Soluțiile controversate sau impopulare, neacceptate de opinia publică sau de o parte a clasei politice, nu vor deveni mai simpatice doar prin utilizarea riguroasă a unei metodologii consecvente și nici nu vor fi ferite prin aceasta de critici vehemente și excesive. Pe termen lung însă, consecvența metodologică va întări prestigiul judecătorilor constituționali și va micșora impactul criticilor la adresa contenciosului constituțional în ansamblul său. Tensiunile sociale și intensitatea disputelor politice vor fi considerabil atenuate.

* Conferențiar doctor, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; e-mail: balan@uaic.ro.

¹ În privința rolului metodologiei în jurisprudența curților constituționale, vezi Bernd Rüthers, Christian Fischer, Axel Birk, *Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre*, ed. a 10-a, Ed. C.H. Beck, München, 2018, pp. 397-401, 431-437 și 571-574. Un din primele tratări sistematice ale problemei: Ernst Wolfgang Böckenförde, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, în „Neue Juristische Wochenschrift”, 1976, col. 2089-2099 (autorul constată, că la acea dată, Curtea Constituțională Federală a Germaniei, nu urma încă în mod consecvent metodologie clară).

I.

Vom examina, cu titlu de exemplu, decizia nr. 358 din 30 mai 2018, referitoare la conflictul juridic de natură constituțională dintre ministrul justiției, pe de o parte, și Președintele României, pe de altă parte, în principal, și dintre Guvernul României și Președintele României, în subsidiar, determinat de refuzul Președintelui României de a da curs cererii de revocare din funcție a procurorului-șef al Direcției Naționale Anticorupție, doamna Laura Codruța Kövesi, cerere formulată de prim-ministrul Guvernului². Curtea a constatat că există un conflict juridic de natură constituțională între autoritățile menționate și a decis că Președintele urmează să emită decretul de revocare din funcția de procuror-șef al Direcției Naționale Anticorupție a doamnei Laura Codruța Kövesi.

Decizia menționată a produs reacții puternice în rândul clasei politice și al mass-media, intens polarizate prin mizele politice considerabile ale disputei. Efectul direct al deciziei – demiterea procurorului-șef al DNA – a pus în umbră semnificația constituțională a acesteia: definirea rolului și a atribuțiilor Președintelui în procedura de numire în funcție a magistraților, conform art. 136 alin. (1) din Constituția României.

Curtea a expus pe larg situația de fapt (punctele 47-51 din considerentele deciziei nr. 358/2018), reproducând integral cele 20 de puncte din analiza efectuată de ministrul justiției, cuprinzând enunțul sintetic al tuturor reproșurilor la adresa procurorului șef al DNA (la nr. 47). Problema politică brizantă, pe care nu o vom lua în considerare în textul de față, este dacă propunerii de revocare, întemeiate pe faptele și împrejurările invocate în analiza prezentată de ministrul justiției, trebuia să i se dea curs prin emiterea unui decret de revocare de către Președintele României. Cu alte cuvinte: s-a făcut vinovat procurorul șef al DNA de cele reproșate în analiza ministrului justiției? Problema veridicității acestora poate fi soluționată doar de o instanță de drept comun (de contencios administrativ) și nu de o instanță de contencios constituțional.

Statuând rolul central al ministrului justiției în procedura de revocare, Curtea Constituțională invocă drept precedent decizia nr. 45 din 15 ianuarie 2018³, referitoare la obiecțiile de constituționalitate ale legii de modificare și completarea Legii nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor. Paragraful citat (nr. 165) privește criticile de neconstituționalitate ale art. I pct.88, cu referire la art. 54 alin. (3)] din Legea nr. 303/2004⁴. După ce enunță conținutul art. 132 alin. (1) din Constituție, Curtea statuează:

„Având în vedere caracterul bicefal al autorității executive, legiuitorul a optat pentru o procedură în cadrul căreia Guvernul și Președintele să conlucreze. Rolul central în această ecuație îl are, însă, ministrul justiției, sub autoritatea acestuia funcționând procurorii constituiți în parchete. Președintele României nu are nicio atribuție constituțională expresă care să justifice un drept de veto în această materie. Prin urmare, dacă legiuitorul organic a ales o asemenea procedură de numire [propunere de numire din partea ministrului justiției, aviz al CSM și numire prin decret prezidențial], menținând un veto prezidențial limitat la refuzarea unei singure propuneri de numire în funcțiile de conducere prevăzute la art. 54 alin. (1) din lege, el a respectat rolul constituțional al ministrului justiției în raport cu procurorii, Președintelui conferindu-i-se atribuția de numire în considerarea solemnității actului și a necesității existenței unei conlucrări și consultări permanente în cadrul executivului bicefal”.

Esența acestui raționament nu constă în articularea unor argumente ci în formularea unor teze. Este vorba de teza „rolului central al ministrului justiției” în procedura de numire sau, respectiv, de revocare din funcțiile de conducere, precum și de ideea rolului conferit (prin Constituție!) Președintelui României, doar „în considerarea solemnității actului”.

Acest „dictum” al Curții are aspectul unei proclamații solemne, prin care instanța constituțională decretează și nu argumentează rolul central al ministrului justiției. Nu afirmăm că o asemenea arhitectură constituțională este neapărat greșită sau că acesteia i-ar fi preferabilă alta, în care Președintelui i-ar reveni un rol cel puțin la fel de important. De exemplu, Președintele ar putea refuza o numire sau o propunere de revocare, dacă performanțele profesionale ale celui în cauză ar contrazice în mod evident rațiunile în baza cărora propunerea ar trebui să fie făcută. Obligația de a motiva privește nu numai pe cel ce dă curs – sau nu – unei propuneri, ci și pe cel care o face.

În primul rând, este ignorată natura juridică a dreptului de veto. Dreptul de veto revenea în Roma antică tribunului plebei, care putea bloca decizia luată conform legii și în limitele competenței sale de un magistrat (consul sau pretor). Nu consta în neexercitarea unei competențe proprii. *Liberum veto* aveau toți nobilii membri în Seimul polonez (în secolele XVI-XVIII) de a bloca o decizie a adunării. Drept de veto, mai este desemnat, impropriu, dreptul membrilor permanenți ai Consiliului de Securitate al ONU de a bloca o rezoluție a acestuia, în condițiile în care rezoluțiile Consiliului sunt adoptate, conform Cartei ONU (art. 27 alin. 3), cu cel puțin 9 voturi din 15, incluzând voturile tuturor celor 5 membri permanenți. Este vorba în esență de blocarea unei decizii, fie de către unul din membrii unui organ colegial care se opune majorității, fie de către o autoritate diferită de cea care ia decizia. Titularul

² M. Of. nr. 473 din 7 iunie 2018.

³ M. Of. nr. 199 din 05.03.2018.

⁴ Dispoziția în cauză prevede posibilitatea ca Președintele să refuze, o singură dată, motivat, cererile de numire (a magistraților) în funcțiile de conducere (alin. 1) și respectiv, faptul că revocarea din funcție se face de către Președintele României la propunerea ministrului justiției (alin. 2).

unui drept de a decide – sau de a numi în funcție – nu poate avea drept de veto, el pur și simplu adoptă decizia, sau nu, ori pur și simplu numește în funcție sau revocă. A redenumi această atribuție „drept de veto” înseamnă de fapt eludarea problemei prin redefinirea tendențioasă a unor termeni. Este vorba de ceea ce în logica juridică se numește *ignoratio elenchi*. Reformularea unei probleme atribuind preopinentului o teză pe care acesta nu a invocat-o, sugerând o linie de argumentație pe care nu a susținut-o⁵ este un artificiu retoric deseori uzitat în discursul politic și, mai ales în cel mediatic. Dacă textul constituțional conferă expres Președintelui atribuția de a numi în funcție, refuzul numirii în funcție – sau refuzul de a revoca – reprezintă exercitarea propriei competențe și nu a unui drept de veto asupra unei decizii a altei autorități. Acest refuz poate fi abuziv, drept care Președintelui îi revine obligația de a-și motiva decizia. Fără a intra în examinarea problemei dacă un asemenea refuz va trebui supus unui control de constituționalitate (din partea CCR) sau de legalitate (din partea instanței de contencios administrativ), este evident că trebuie să existe un control asupra actului final de decizie.

Ne mai reține atenția o formulare a Curții, din paragraful citat mai sus (nr. 88), preluată din decizia nr. 45/2018 (para. 165): Președintelui îi revine „atribuția de numire în considerarea solemnității actului și a necesității existenței unei conlucrări și consultări permanente în cadrul executivului bicefal”. Atribuția Președintelui, de a numi (și *mutatis mutandis*, de a revoca) magistrații este ancorată constituțional în art. 134 alin. (1) – în privința tuturor magistraților – și, pe plan legal, în legea statutului magistraților (art. 54, alin. 1, referitor la procurorii cu funcții de conducere). Rațiunea acestei atribuții nu poate consta doar în „considerarea solemnității actului”, după cum este destul de greu de înțeles de ce ar constitui o expresie a „necesității existenței unei conlucrări și consultări permanente în cadrul executivului bicefal”. Colaborarea și consultarea pot fi realizate în multe moduri, iar printre acestea nu trebuie să figureze neapărat instituirea unei atribuții cu caracter pur decorativ, „în considerarea solemnității actului”. Mai degrabă este vorba de o relativizare a dispozițiilor clare ale art. 134 alin. (1).

Ce-i drept, se poate argumenta că art. 134 alin. (1) vizează numirile în funcție, diferite de numirile în funcții de conducere, reglementate de art. 54 alin. (1) din Legea nr. 303/2004. Cu alte cuvinte, textul constituțional s-ar ocupa doar de aspectele formale, decorative, în considerarea „solemnității actului”, ale procedurii de numire a magistraților. Cele relevante instituțional și sensibile politic pot fi configurate în mod liber de legiuitorul organic (sau de Guvern prin ordonanțe de urgență). Deși în redactarea textului art. 134 ministrul justiției nu apare ca factor constituțional în procedura de numire în (sau revocare din) funcție, legea fundamentală consacrand expres doar rolul CSM și al Președintelui României, Curtea preferă să absolutizeze rolul său și să diminueze la maximum rolul autorităților expres menționate în Constituție: șeful statului și Consiliul Superior al Magistraturii.

II.

Curtea a mai constatat că în problema dată, nu se stabilesc raporturi de drept administrativ, ci de drept constituțional: „[cu] privire la posibilitatea, invocată de Președintele României, ca ministrul justiției să atace refuzul Președintelui în contencios administrativ, Curtea constată că acest control judecătoresc se exercită **numai în limitele unui control de legalitate a refuzului Președintelui României, fără a putea fi, însă, antamate aspecte de constituționalitate ce privesc întinderea competențelor celor două autorități** (...) Instanța de contencios administrativ are competența de a verifica numai conformitatea actului administrativ cu legea, și nu cu Constituția; astfel, acestea efectuează un control de legalitate *stricto sensu*, și nu de constituționalitate”. (par. 71).

Implicit, Curtea neagă relevanța în cauză a articolului 126 alin. (6) din Constituție, conform căruia, „controlul judecătoresc al **actelor administrative** ale autorităților publice, pe calea contenciosului administrativ, este garantat”. Relevanța constituțională, oricum discutabilă,⁶ a refuzului Președintelui de a da curs unei cereri de revocare venite din partea ministrului justiției este argumentul pentru a califica acest raport ca raport de drept constituțional, iar în baza unui raționament disjunctiv, raportul menționat nu mai poate fi un raport de drept administrativ. Curtea nu argumentează această disjuncție: de ce oare un raport între doi subiecți de drept nu poate fi subsumat în același timp atât dreptului administrativ cât și norme constituționale. Mai mult chiar, însuși textul articolului citat, garantând controlul judecătoresc al actelor administrative, prevede ca excepție actele care privesc raporturile cu Parlamentul. Aceste acte (întrebări, interpelări, moțiuni, acte de asumare a răspunderii) sunt neîndoiește acte de drept constituțional. În logica textului constituțional, aceste acte sunt însă și „acte administrative ale autorităților publice”, fiind însă exceptate de la controlul judecătoresc. Dacă nu ar avea acest caracter, ar fi fost lipsită de sens prevederea expresă privind exceptarea lor de la controlul pe calea contenciosului administrativ.

Curtea a preferat să-și axeze argumentația pe dispozițiile generale ale art. 132 alin. (1), potrivit cărora activitatea procurorilor se desfășoară sub autoritatea ministrului justiției. Desfășurarea activității sub autoritatea ministrului

⁵ Vezi, în privința caracterului *falacios* al acestui tipar argumentativ, deseori utilizat din păcate în controversele juridice: Kevin W. Saunders, *Informal Fallacies in Legal Argumentation*, în „*South Carolina Law Review*”, vol. 44 (1992-1993), pp. 343-382, la pp. 355-357.

⁶ Vezi din practica mai veche a Curții, deciziile nr. 270 din 10 martie 2008 (M. Of. nr. 290 din 15.04.2008), nr. 901 din 17 iunie 2009 (M. Of. nr. 503 din 21.07.2009) și nr. 108 din 5 martie 2014 (M. Of. nr. 257 din 9.04.2014), citată în opinia separată a judecătoarei Livia Doina Stanciu.

justiției presupune logic posibilitatea ca acesta să aibă un cuvânt de spus în privința numirii, avansării sau sancționării procurorilor – cu respectarea rolului constituțional al CSM, garantat prin art. 134 alin. (2) – și, mai ales, în privința numirii în funcțiile de conducere. Modalitatea concretă de exercitare a acestei autorități nu este reglementată de Constituție, fiind lăsată la latitudinea legiuitorului organic. Acesta poate configura atribuțiile ministrului justiției în mai multe moduri, conferindu-i sau nu o serie de atribuții punctuale. Din textul Constituției nu reiese nicidecum că una din acestea – propunerea de revocare a unui procuror șef – ar fi esențială sub aspectul respectării exigenței din art. 134 alin. (1). Mai degrabă, exigența respectivă este eludată atunci când atribuțiile conferite ministrului justiției sunt prea puține ori ne semnificative; este vorba de o apreciere de ansamblu, asupra întregului conținut al unei legi organice. *A fortiori*, un singur refuz al Președintelui de a da curs unei singure propuneri de revocare nu încalcă prevederile art. 134 alin. (1), în condițiile în care legiuitorul însuși poate foarte bine să nu confere nicidecum ministrului justiției o asemenea atribuție. Astfel, în forma sa inițială, Legea nr. 303/2004 privind statutul magistraților prevedea că numirile în funcția de procuror șef la Parchetul de pe lângă ÎCCJ, la DNA și la DIICOT se fac de Președintele României, la propunerea CSM⁷.

Chiar admitând paradigma de gândire al Curții, conform căreia raportul dintre Președinte și ministrul justiției privitor la revocarea unui procuror șef este un raport de drept constituțional – și, prin aceasta, nu unul de drept administrativ –, fiind așadar scos de sub incidența art. 126 alin. (6) din Constituție, concluzia Curții rămâne discutabilă. Spre deosebire de un ministru revocat din Guvern sau de un deputat revocat din funcția de șef de cameră ori de comisie parlamentară, unde decisive sunt considerentele de oportunitate politică, procurorul șef revocat pe nedrept are acces în justiție în baza art. 21 din legea fundamentală.

III.

Curtea a redat *in extenso* textul tuturor celor 20 de puncte din analiza întreprinsă de ministrul justiției (punctul 47 din considerente), fără a examina veridicitatea vreunuia dintre ele, limitându-se la a sublinia rolul central al ministrului justiției în procedura de revocare, în contextul raporturilor constituționale dintre acesta și Președintele României (para. 80-119). Atunci se poate pune întrebarea, de ce a mai reprodus Curtea integral textul acestei analize? Mai mult, în opinia Curții, „Nu este nici rolul Președintelui României și nici cel al Curții Constituționale de a efectua un control al acestei evaluări pentru că, într-un atare caz, ar denatura rolul ministrului justiției și s-ar transforma în autorități de control al modului în care ministrul justiției înțelege să își exercite competența constituțională discreționară minimală ce se reflectă în evaluarea realizată. Or, Curtea constată că Președintele României a realizat în cazul dat o „evaluare a evaluării” ministrului justiției, cu alte cuvinte a temeiniciei motivelor cuprinse în propunerea de revocare, plasându-se deasupra autorității ministrului justiției, ceea ce încalcă art. 132 alin. (2) din Constituție” (para. 113). Cine anume poate verifica, în opinia Curții, temeinicia acestor motive rămâne o enigmă de nedeslușit.

O altă mostră de *ignoratio elenchi* o reprezintă inventarea formulei de „evaluare a evaluării”, doar cu scopul de a reduce la derizoriu ideea unui control asupra modului în care o autoritate publică își exercită atribuțiile sale legale (sau constituționale, în opinia Curții). Actul de evaluare, care stă la baza propunerii de revocare (propunere cu caracter imperativ, în viziunea Curții) nu poate fi controlat, ne spune Curtea, nici de către Președintele României și nici de către ea însăși. Anterior (para. 71), Curtea a exclus posibilitatea ca instanțele de contencios administrativ să se pronunțe asupra raporturilor referitoare la revocarea procurorilor șefi, statuând că sunt raporturi de drept constituțional și (prin urmare) nu de drept administrativ. În consecință, evaluarea făcută de ministrul justiției ar fi, în concepția judecătorilor care s-au raliat opiniei majoritare, expresia unui adevăr absolut, insondabil, situat deasupra posibilităților limitate de percepție și de analiză ale Președintelui României, ale judecătorilor constituționali ori de contencios administrativ, sau ale justiției pur și simplu.

Un alt aspect discutabil îl reprezintă viziunea Curții asupra modului în care trebuie să decurgă procedura de revocare a unui procuror șef. Revocarea se face de către Președintele României, la propunerea ministrului justiției cu avizul CSM⁸. Curtea interpretează textul legii (cu argumentul că în cauză sunt raporturi constituționale), stabilind că „[p]ropunerea ministrului justiției de revocare trebuie transmisă CSM – Secția pentru procurori, unde atât procurorul față de care se solicită revocarea din funcția de conducere, cât și ministrul justiției își pot expune argumentele de fond cu privire la aspectele imputate, fiecare putându-și apăra/reconsidera/nuanța punctul său de vedere. CSM – Secția pentru procurori emite un **aviz consultativ**, care este un reper pentru ministrul justiției în decizia sa de a-și susține în continuare propunerea de revocare. Dacă își susține propunerea de revocare, ministrul justiției o transmite Președintelui României; de asemenea, Președintelui României i se va comunica și avizul consultativ al Consiliului Superior al Magistraturii.” (para. 106). Rolul bine conturat în doctrina de drept public al unui aviz consultativ⁹ este

⁷ Art. 53 alin. (1) din Legea nr. 304 din 28 iunie 2004, publicată în M. Of. nr. 576 din 29.06.2004.

⁸ Art. 54 alin. (4) din Legea 303/2004, republicată.

⁹ Vezi Rodica Narcisa Petrescu, *Drept administrativ*, Ed. Hamangiu, București, 2009, pp. 320-322; Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ*, vol. II, ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2015, pp. 35-36; Verginia Vedinaș, *Tratat teoretic și practic de drept administrativ*,

răsturnat. Avizul nu mai este opinia calificată a unor specialiști competenți, adresată unei autorități decidente, care poate sau nu să țină cont de conținutul său. Dimpotrivă, în opinia Curții, avizul este produsul final al unei proceduri în care autorul propunerii, membru de drept al autorității emitente a avizului, are ocazia de a-și expune punctul de vedere, cu eventuale nuanțări sau reconsiderări. Odată emis, avizul este doar „comunicat” Președintelui României, iar acesta, indiferent de conținutul avizului, trebuie să dea curs propunerii ministrului justiției, care „înțelege să își exercite competența constituțională discreționară minimală” în materie. Chiar dacă avizul este negativ (ca în cazul de față), Președintele este obligat să dea curs propunerii. Asistăm la deturnarea sensului și a rațiunii avizului consultativ: odată propunerea făcută, urmează emiterea avizului, care este „un reper pentru ministrul justiției în decizia sa de a-și susține în continuare propunerea de revocare”; dacă își menține propunerea de revocare, ministrul o transmite Președintelui, căruia „i se va comunica” avizul. Comunicarea avizului către organul care urmează să adopte un act devine un aspect secundar, în concepția judecătorilor care s-au raliat opiniei majoritare. Rațiunea supremă a procedurii de avizare ar consta în împrejurarea că inițiatorul propunerii – ministrul justiției – are eventual posibilitatea de a-și reconsidera poziția în cursul adoptării avizului. Odată adoptat, ne spune Curtea, avizul nu mai are nicio importanță, decisivă fiind poziția ministrului justiției. Va fi totuși comunicat Președintelui, care nu poate ține cont de el decât în cazul în care opinia CSM coincide cu cea a ministrului justiției. Cu alte cuvinte, avizul nu mai este destinat emitentului unui act (căruia, din curtoazie probabil, i se va comunica totuși acest aviz) ci inițiatorului său.

Nu se poate contesta originalitatea acestei viziuni asupra rolului și semnificației unui aviz consultativ, dar paragraful menționat (nr. 71) nu face nicio referire la vreun articol din Constituție al cărui text să sprijine aceste supoziții și nici la vreo metodă de interpretare prin care aceste aserțiuni pot fi deduse din dispozițiile generale ale art. 132, referitor la statutul procurorilor.

IV.

Curtea Constituțională s-a mai abătut și de la propriile precedente, invocate de altfel, în argumentarea punctului de vedere al Președintelui (para. 36). În decizia nr. 375 din 6 iulie 2005¹⁰, Curtea a statuat că: „Dacă Președintele României nu ar avea nici un drept de examinare și de apreciere asupra propunerilor făcute de Consiliul Superior al Magistraturii pentru numirea judecătorilor și procurorilor sau în anumite funcții de conducere ori dacă nu ar putea refuza numirea nici motivat și nici măcar o singură dată, atribuțiile Președintelui României, prevăzute de art. 94 lit. c) coroborat cu art. 125 alin. (1) din Constituție, ar fi golite de conținut și importanță”.

Aceste considerentele ale deciziei nr. 375/2005 au fost relativizate cu dezinvoltură în decizia discutată aici: „De asemenea, Curtea subliniază faptul că Decizia Curții Constituționale nr. 375 din 6 iulie 2005(...), nu a abordat, astfel cum se acreditează în punctul de vedere al Președintelui României, problema dreptului de apreciere al acestuia în materia revocării procurorilor din funcțiile de conducere, ci a analizat raportul existent între art. 125 alin. (1) și (2), art. 134 alin. (1) și art. 94 lit. c) din Constituție, respectiv numirea în funcție sau în funcțiile de conducere, astfel încât decizia anterioară nu este aplicabilă în cauza de față”.

În opinia noastră, acest raționament este fundamental greșit. Înțelesul unui articol din legea fundamentală nu poate fi unul atunci când îl analizăm în raport de articolele a, b și c din aceeași lege, și diferit atunci când luăm în considerare și articolul d. Respingerea tezei conform căreia Președintele României are un drept de apreciere asupra propunerilor făcute de CSM pentru numirea judecătorilor și procurorilor sau în funcții de conducere ar trebui argumentată. Această argumentare este cu atât mai necesară, cu cât Constituția conferă expres Consiliului Superior al Magistraturii atribuția de a propune numirile (iar Curtea a admis un drept de examinare și apreciere al Președintelui), pe când în cazul ministrului justiției această atribuție este conferită prin legea organică (iar Curtea neagă acest drept Președintelui)¹¹.

Un alt aspect, la prima vedere insignifiant, al stilului Curții Constituționale rezidă în tehnica de citare și autocitare, constând în reproducerea integrală și fără prescurtări în corpul considerentelor a tuturor elementelor deciziilor invocate. De exemplu: „Decizia Curții Constituționale nr. 375 din 6 iulie 2005, publicată în M. Of. nr. 591 din 8 iulie 2005”. Avem în acest caz 21 de cuvinte și 113 caractere (131, incluzând și spațiile)¹², ceea ce îngreunează

vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2018, pp. 60-64; Tudor Drăganu, *Actele administrative și faptele asimilate lor*, Ed. Științifică, București, 1959, p. 123.

¹⁰ M. Of. nr. 591 din 8 iulie 2005.

¹¹ *Aici se poate constata cu ușurință tentația la care este supusă Curtea Constituțională de a-și asuma rolul de arbitru între puterile statului. Deciziile sale sunt rareori consecvente, depinzând în mare măsură de constelația de forțe politice ale momentului și de componența Curții. Această situație pledează elocvent în favoarea ideii ca la viitoarea revizuire a legii fundamentale, atribuția CCR prevăzută în art. 146 lit. d) să fie circumstanțiată la conflictele juridice de competență. Vezi Ștefan Deaconu, *Necesitatea reformării Curții Constituționale a României prin revizuirea Constituției – o viziune izvorâtă din practica Curții Constituționale încă ei 20 de ani de existență*, în Revista de Drept Public nr. 1/2013, pp. 110-121, la pp. 118-119.*

¹² În contrast cu modalitatea uzuală de citare a deciziilor Curții Supreme americane (cuprinzând doar numele litiganților, numărul volumului și al primei pagini din culegerea de decizii a instanțelor federale în care este reproducă decizia și anul emiterii – de exemplu: Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558 (2003)), sau a cea, și mai lapidară, a Curții Constituționale Federale din Germania (BVerfGE 7, 198 (1958)).

întrucâtva citirea textului și urmărirea raționamentului, dar lungeste vizibil textul, producând aparența unei motivări ceva mai consistente. Acest efect crește considerabil în cazurile – deloc rare – în care Curtea enumeră mai multe din deciziile sale anterioare, toate reiterând aceeași soluție jurisprudențială sau aceeași sintagmă. Cititorul neprevenit poate pierde ușor firul logic al unei expuneri care putea fi exprimată sintetic în două rânduri. Un text redactat de o asemenea manieră nu se pretează prea bine citirii și asimilării rapide a informației, decelării prompte a liniei argumentative și facilitării unei critici a erorilor reale sau presupuse ale raționamentului juridic. Mai degrabă avem de-a face cu un text destinat citirii solemne, în care hieratismul repetării unor formule consacrate induce progresiv ideea unei ordini de sorginte judiciară în haosul vieții politice, canalizând acțiunile necontrolate ale actorilor politici pe făgașul unor proceduri consacrate de textul legii fundamentale și garantate de judecătorii constituționali.

V.

Discutării aspectelor metodologice ale unei decizii în contencios constituțional nu trebuie și se atribuie virtuți exagerate, după cum evidențierea erorilor metodologice nu trebuie echivalată cu o critică vehementă a Curții Constituționale sau cu o relativizare a rolului justiției constituționale. În literatura juridică a unor democrații consolidate, critica metodologică este un fenomen curent, de relativ mult timp¹³. Pe de altă parte, oricât de paradoxal ar părea la prima vedere, decizii majore din istoria constituțională a democrațiilor reprezentative, precum cea a Curții Constituționale Federale din Germania în cazul L $\ddot{u}$ th (1958)¹⁴ sau a Curții Supreme americane în cazul Roe v. Wade (1973)¹⁵ au fost viciate de erori metodologice considerabile, ceea ce le-a afectat prea puțin impactul asupra practicii politice și al doctrinei constituționale din deceniile care au urmat.

¹³ Vezi de exemplu Andrew Jay McClurg, Logical Fallacies and the Supreme Court: A Critical Analysis of Justice Rehnquist's Decisions in Criminal Procedure Cases, în "University of Colorado Law Review", vol. 59 (1988), pp. 741-844, la pp. 829-832; Kevin W. Saunders, op. cit., loc. cit.

¹⁴ BVerfGE 7, 198. Vezi, pentru o critică drastică, conform căreia toate aspectele esențiale ale cazului au fost soluționate greșit: Peter Lerche, Zur verfassungsgerichtlichen Deutung der Meinungsfreiheit (insbesondere im Bereiche des Boykotts), în Theodor Ritterspach, Festschrift für Gebhard Müller: zum 70. Geburtstag des Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen, Mohr Siebeck, 1970, pp. 197-215.

¹⁵ 410 U.S. 113 (1973). Vezi John Hart Ely, The Wages of Crying Wolf: A Comment on Roe v. Wade, in „Yale Law Journal”, vol. 82 (1973), pp. 920-949.

DREPTUL LA CULTURĂ ȘI IMPORTANȚA LUI FUNDAMENTALĂ ÎN PROTECȚIA JURIDICĂ A PATRIMONIULUI CULTURAL

The Right to Culture and its Fundamental Importance in The Legal Protection of The Cultural Heritage

Sorin IVAN*

Rezumat: *Unul dintre drepturile fundamentale ale omului este dreptul la cultură, consacrat în documentele internaționale, în instrumentele juridice regionale, în legislația Uniunii Europene și în legislațiile naționale. Dreptul la cultură include dreptul fiecăruia de a avea acces la cultură, de a participa la activitățile culturale și la binefacerile culturii. Dreptul la cultură, cultura fiind privită în vasta ei diversitate, este un mijloc fundamental de educație și edificare spirituală a individului și de afirmare a identității lui. Reglementarea acestui drept în ansamblu, la nivel internațional, în Uniunea Europeană și în sistemele naționale de drept, este însă una fragmentară și inegală prin caracterul disparat al prevederilor și natura actelor juridice care o conțin. Structurat din toate aceste prevederi, dreptul la cultură reprezintă o realitate juridică distinctă în cadrul drepturilor și libertăților fundamentale, care atestă importanța culturii în lumea de azi. Dreptul la cultură constituie premisa și fundamentul protecției juridice a patrimoniului cultural, la nivel universal, european și național.*

Cuvinte-cheie: *drept la cultură, drepturi fundamentale, reglementare, patrimoniu cultural, protecție juridică.*

Abstract: *One of the fundamental human rights is the right to culture, enshrined in international documents, in regional legal instruments, in the EU legislation and in national laws. The right to culture includes the right of everyone to have access to culture, to participate in cultural activities and to benefit from its results. The right to culture, culture being viewed in its vast diversity, is a fundamental means of education and spiritual edification of the individual and affirmation of his identity. However, the regulation of this right as a whole, at international level, in the European Union and in the national legal systems, is fragmented and unequal by the disparate nature of the provisions and the status of the legal acts that contain it. Structured from all these provisions, the right to culture is a distinct legal reality within the framework of the fundamental rights and freedoms, which attests to the importance of culture in today's world. The right to culture is the premise and foundation of the legal protection of cultural heritage at a universal, European and national level.*

Keywords: *right to culture, fundamental rights, regulation, cultural heritage, legal protection.*

1. Cultura – concept-cheie al lumii contemporane

Ca domeniu vast, de mare complexitate și diversitate, cultura poate fi privită și abordată conceptual din mai multe perspective, ceea ce generează o varietate de moduri de definire. O definiție de largă acoperire, la un nivel ridicat de generalitate, se află pe site-ul UNESCO: „Cultura este acel ansamblu complex care cuprinde cunoștințe, credințe, arte, principii și valori morale, legi, cutume și orice alte abilități și obiceiuri dobândite de individ ca membru al societății”¹.

O definiție cuprinzătoare a culturii o formulează *Declarația UNESCO de la Mexico City cu privire la politicile culturale, din 1982*. Semnificativ de menționat cu privire la importanța culturii în existența contemporană, în cadrul Conferinței, comunitatea internațională și-a propus „să contribuie în mod efectiv la comuniunea mai strânsă a popoarelor și la o mai mare înțelegere între oameni”, de aceea statele participante își exprimă „încrederea în convergența finală a obiectivelor culturale și spirituale ale umanității”. În acest cadru conceptual și ideologic, Conferința definește cultura astfel: „În sensul său cel mai larg, cultura poate fi considerată ansamblul trăsăturilor spirituale, materiale, intelectuale și emoționale distinctive care caracterizează o societate sau un grup social. Ea include nu numai artele și literele, ci și modurile de viață, drepturile fundamentale ale ființei umane, sistemele de valori, tradițiile și credințele”. Definiția privește cultura în întreaga ei complexitate și, dintr-o perspectivă totalizantă asupra conceptului și domeniului, specifică ipostazele și modurile fundamentale de expresie ale acesteia. Astfel, în universul culturii intră rezultatele creativității umane din domeniile consacrate ale culturii, cum sunt artele și literatura, obiectivate în forme artistice, estetice, spirituale, intelectuale, ca bunuri materiale (mobile și imobile) și imateriale. Pe lângă produsele creativității umane, cultura cuprinde însă, ca într-un sistem de cercuri concentrice, modurile de organizare a vieții în cadrul societății, comunității sau grupului, principiile, regulile și reperele care guvernează

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Prof. univ. dr., Universitatea „Titu Maiorescu” din București; e-mail: sorivan@gmail.com.

¹ <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/international-migration/glossary/cultural-diversity/>.

existența, valorile, normele morale și juridice, educația, religia, drepturile și libertățile, obiceiurile, tradițiile, credințele și ritualurile. Prin urmare, privită holistic, cultura semnifică, pe de o parte, formele de manifestare, materiale sau imateriale, ale spiritului și, pe de altă parte, cadrul existențial în care se dezvoltă o cultură și o civilizație, la care participă toate elementele de ordin organizațional, spiritual, intelectual, etic, estetic, juridic, axiologic și pragmatic care definesc din punctul de vedere al identității culturale și existențiale o civilizație și o societate.

În continuare, *Declarația* extinde cadrul definiției prin referirea la rolul culturii în existența umană, la beneficiile pe care aceasta i le aduce omului din punct de vedere spiritual, intelectual, moral și existențial. Astfel, conform documentului, „Cultura dă omului capacitatea de a reflecta asupra lui însuși. Cultura ne face ființe specific umane, raționale, înzestrate cu judecată critică și cu simțul angajării morale. Prin cultură, discernem valorile și facem alegeri. Prin cultură, omul se exprimă, devine conștient de sine însuși, își recunoaște limitele, își evaluează realizările, caută neobosit noi înțelesuri și creează opere prin care își transcende propriile limitări”. În această perspectivă filosofică și morală, rolul culturii este unul fundamental pentru individ, pentru societate și civilizație. Cultura duce la nașterea spiritului critic, deschide omului perspective în cunoașterea de sine și în cunoașterea lumii, îl transformă într-o ființă reflexivă și dubitativă, dubitația (în sens cartezian) fiind un atribut al rațiunii și inteligenței, îl ajută să-și fixeze un set de valori, principii și norme, în cadrul celor obligatorii și oficiale, să se autoevalueze și să evalueze realitatea din jur în același spirit critic, să se poziționeze în societate ca ființă morală și socială, conștientă de sine și de ceilalți, cu drepturi, libertăți, obligații și responsabilități. Important de subliniat, în continuarea perspectivei consacrate de *Declarație*, în efortul de cunoaștere și autocunoaștere, cultura îl ajută pe individ să-și înțeleagă limitele și, plecând de la această imagine de sine, în baza unui proiect al devenirii personale, să și le depășească tot prin intermediul dezvoltării culturale și spirituale. Cultura reprezintă, în această viziune, un mod de cunoaștere și de autocunoaștere, ideal perpetuu al omului de la Socrate încoace, și, în același timp, un mijloc puternic al edificării spirituale personale, văzute și asumate ca proces continuu.

Cultura are un rol și o importanță esențială în existența, evoluția și afirmarea individului, în cristalizarea grupurilor și a comunităților, în dezvoltarea civilizațiilor. Dată fiind această importanță, dreptul la cultură al individului este un drept la rândul lui fundamental, care trebuie să se regăsească în aria drepturilor și libertăților fundamentale ale omului, așa cum sunt acestea consacrate de actele juridice internaționale și regionale, de legislația Uniunii Europene și de legislațiile interne ale statelor membre. Locul dreptului la cultură se află, prin urmare, între celelalte drepturi fundamentale, precum: dreptul la libertatea gândirii, de conștiință sau religie, dreptul la libertatea opiniilor și exprimării, dreptul la învățătură etc., cum, de altfel, este prevăzut în *Declarația universală a drepturilor omului* (10 decembrie 1948) sau în Constituția României.

2. Dreptul la cultură la nivel internațional

Primul document internațional care se referă la dreptul la cultură este *Declarația universală a drepturilor omului* (10 decembrie 1948). Documentul realizează, mai întâi, un cadru larg de reglementare, printr-o serie de prevederi referitoare la: dreptul la libertatea gândirii, de conștiință și religie (art. 18), dreptul la libertatea opiniilor și exprimării (art. 19), dreptul la libertatea de întrunire și asociere pașnică (art. 20), dreptul la odihnă și recreație (art. 24). Toate prevederile în materie, prin implicațiile lor de ordin spiritual, moral și cultural, privesc și dreptul la cultură, formând cadrul de manifestare a acestuia. Cadrul juridic este completat de art. 26, un articol-cheie al documentului, care consacră „dreptul la învățătură” al oricărei persoane. Importanța prevederii este de prim ordin, de vreme ce educația constituie modul de acces la informația culturală și de dobândire a acesteia într-un mod instituționalizat, sistematic și calificat. Prin reglementarea dreptului la educație, sunt create premisele accesului la cultură al fiecărei persoane care beneficiază de instrucție prin frecventarea sistemului educațional. În acest cadru comprehensiv, *Declarația* stipulează dreptul individului de participare la viața culturală: „Orice persoană are dreptul de a lua parte în mod liber la viața culturală a colectivității, de a se bucura de arte și de a participa la progresul științific și la binefacerile lui”, (art. 27 pct. 1). Trebuie observată, în datele formulării juridice concentrate, complexitatea prevederii articolului, care, pe lângă consacrarea dreptului de participare a individului la viața culturală, are și o dimensiune moral-spirituală, prin referirea la dreptul persoanei „de a se bucura de arte”. Cultura, în ansamblul ei, este abordată dintr-o perspectivă profund umanistă și văzută ca o sursă de bucurie superioară, de natură spirituală. În continuare, același articol dezvoltă ideea de participare, prin susținerea unei participări active, creatoare, care să contribuie la progresul științific și, în context, la cel cultural. O altă precizare plină de semnificații este cea finală a pct. 1 din art. 27, care, în cadrul implicării active, vizează și dreptul de participare la „binefacerile” progresului științific și, se poate intui în ordine logică, termenul nefiind specificat, ale culturii. Este o completare necesară, care stipulează că, pe lângă dreptul de acces și cel de participare la progresul științific, individul are și dreptul de a beneficia de rezultatele evoluțiilor din domeniu. Și acest element al textului consolidează viziunea umanistă asupra culturii și științei, într-o accepțiune largă, prin faptul că se referă la efectele benefice ale acestora, prin valorile pe care le cultivă și promovează, asupra individului, a spiritului și existenței umane și asupra dezvoltării civilizației. În același articol, este reglementat și dreptul de autor: „Fiecare om are dreptul la ocrotirea intereselor morale și materiale care decurg din orice lucrare științifică, literară sau artistică al cărei autor este”, (art. 27 pct. 2).

Pactul internațional relativ la drepturile economice, sociale și culturale (adoptat de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966 și intrat în vigoare la 3 ianuarie 1976) stipulează, în cadrul juridic format de *Declarația universală a drepturilor omului* și în continuarea acesteia, drepturile referitoare la accesul la cultură și la beneficiile științei, precum și pe cele privind drepturile de autor. Art. 15 pct. 1 recunoaște astfel pentru fiecare individ dreptul: „a) de a participa la viața culturală; b) de a beneficia de progresul științific și de aplicațiile sale; c) de a beneficia de protecția intereselor morale și materiale decurgând din orice producție științifică, literară sau artistică al cărei autor este”. Pentru asigurarea exercitării depline a dreptului de acces la cultură, statele părți trebuie să ia măsurile necesare pentru a asigura menținerea, dezvoltarea și difuzarea științei și culturii (art. 15 pct. 2). Textul articolului prevede, de asemenea, angajamentul statelor părți de a respecta libertatea indispensabilă cercetării științifice și activităților creatoare (art. 15 pct. 3). Ca și textul *Declarației* (v. *supra*), care se referă la dreptul fiecăruia de a participa la „binefacerile” progresului științific, Pactul consacră recunoașterea de către statele părți a urmărilor binefăcătoare rezultate din încurajarea și dezvoltarea cooperării și contactelor internaționale în domeniul științei și culturii (art. 15 pct. 4).

La nivel internațional, dreptul de participare și acces la cultură este reglementat și într-o serie de documente cu arie de acțiune regională. Între acestea, *Protocolul adițional, din 5 mai 1988, la Carta Socială Europeană* (1961) – cartă care nu abordează tema în discuție – se referă și la accesul la cultură, într-un mod limitativ, doar pentru o categorie umană. În speță, în art. 4, care reglementează dreptul persoanelor vârstnice la protecție socială, una dintre măsurile prevăzute este de a susține aceste persoane să rămână membri deplin ai societății pentru cât mai mult timp posibil prin: „resurse adecvate care să le permită să ducă o viață decentă și să joace un rol activ în viața publică, socială și culturală”, (art. 4.1.a).

Carta socială europeană revizuită (1996) încorporează în dispozițiile sale prevederile *Protocolului adițional* prin art. 23, care stipulează angajamentul părților de a promova direct sau în cooperare cu organizațiile publice sau private măsuri pentru a permite „persoanelor vârstnice să rămână membri deplin ai societății cât mai mult timp posibil”. Un mijloc către acest scop îl constituie asigurarea de resurse suficiente care să le permită celor în cauză să aibă o viață decentă și „să participe activ la viața publică, socială și culturală”, (art. 23). Carta revizuită face un pas înainte față de *Protocolul adițional* prin faptul că extinde aria de adresabilitate a reglementării dreptului la cultură, incluzând în aceasta alte două categorii: persoanele cu handicap și pe cele fără resurse materiale. Astfel, în cadrul mai larg al favorizării deplinei lor integrări și participări la viața socială, art. 15 prevede dreptul persoanelor cu handicap de a avea acces, printre altele, la activități culturale (art. 15 pct. 3). În vederea asigurării dreptului la protecție împotriva sărăciei și excluderii sociale, Carta prevede, între alte măsuri, promovarea accesului la cultură, alături de accesul la formare și învățământ (art. 30 lit. a).

Recomandarea nr. 1990 din 24 ianuarie 2012 a Adunării Parlamentare a Consiliului Europei prevede dreptul fiecărei persoane de a participa la viața culturală. Conform documentului, dreptul fiecăruia de a lua parte la viața culturală implică accesul egal și liber pentru toți la resursele culturale văzute în diversitatea lor, participare care poate avea un caracter mai mult sau mai puțin activ (pct. 1). Statul are responsabilitatea în ceea ce privește asigurarea condițiilor pentru dezvoltarea talentelor și a egalității între toți cetățenii în această privință (pct. 2). Tot statul are un rol crucial cu privire la bogăția culturală comună, în a asigura servicii culturale, în a promova sinergii între instituții publice și organizații non-profit care să contribuie la protejarea și promovarea patrimoniului cultural, la accesul public la întreaga diversitate de resurse culturale și artistice (pct. 3). Statul trebuie să țină cont de progresele tehnologice, de „boom-ul culturii digitale și al internetului” care generează schimbări radicale în metodele de accesare pentru a facilita accesul la cultură, a dezvolta noi modalități de diseminare a conținuturilor culturale, pentru a o face accesibilă tuturor (pct. 4). Prin prevederile sale, recomandarea are în vedere „democratizarea culturii” și accesul egal la arte (pct. 5). Documentul reliefează, de asemenea, importanța deschiderii accesului la arte, la resursele culturale pentru tinerii între 15 și 25 de ani (pct. 7).

Un alt document internațional relevant în materie îl constituie *Protocolul adițional relativ la drepturile economice, sociale și culturale*, de la San Salvador (16 noiembrie 1999) la *Convenția americană privind drepturile omului* (22 noiembrie 1969), adoptat de Organizația Statelor Americane. Protocolul reglementează în art. 14 Dreptul la beneficiile culturii, în termenii *Pactului internațional relativ la drepturile economice, sociale și culturale* (ONU, 16 decembrie 1966, v. *supra*). Astfel, documentul prevede faptul că statele părți recunosc dreptul fiecăruia de a participa la viața culturală și artistică a comunității, de a se bucura de beneficiile progresului științific și tehnologic, de a beneficia de protecția intereselor morale și materiale care derivă din orice producție literară sau artistică al cărei autor este (art. 14 pct. 1). Pentru deplina exercitare a acestui drept, statele părți trebuie să ia toate măsurile necesare pentru conservarea, dezvoltarea și diseminarea științei, culturii și artei (art. 14 pct. 2). Un element de noutate al Protocolului îl reprezintă recunoașterea beneficiilor pe care le generează încurajarea și dezvoltarea cooperării și relațiilor internaționale în domeniile științei, artei și culturii, statele părți angajându-se să dezvolte cooperarea internațională.

În *Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale* nu există o prevedere expresă care să consacre dreptul la cultură, dar, așa cum s-a observat în literatura de specialitate², unele elemente ale acestuia au fost subliniate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului (CEDO).

² Duțu, Mircea, Lazăr, Augustin, Predescu, Ovidiu (Coordonatori), Hosu, Elena Giorgiana, Duțu, Andrei, Bocșan, Gheorghe, *Protecția juridică a patrimoniului cultural și natural*, Ed. Academiei Române, Universul Juridic, București, 2018, p. 54-55.

3. Dreptul la cultură în Uniunea Europeană

În documentele și legislația Uniunii Europene, dreptul la cultură nu este reglementat *expressis verbis*, prin prevederi speciale dedicate domeniului. El poate fi însă intuit și recuperat din analiza altor drepturi fundamentale prevăzute în documente de anvergură și importanță strategică precum *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene* și *Tratatul privind Uniunea Europeană*. În acest cadru larg, din care lipsesc referirile exprese, care ar putea consacra un drept la cultură explicit al Uniunii Europene, putem lua în calcul o reglementare implicită a acestuia prin documentele amintite.

În *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene* (7 decembrie 2000), există mai multe articole care consacră drepturi și libertăți fundamentale, din interpretarea cărora poate fi relevată și implicarea dreptului la cultură. Astfel, art. 11 prevede libertatea de exprimare și de informare, stipulând dreptul oricărei persoane la libertatea de exprimare, drept care cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau transmite informații (art. 11 pct. 1). Art. 13, care consacră libertatea artelor și științelor, prevede că artele și cercetarea științifică sunt libere, iar libertatea universitară este respectată. Art. 22 se referă la respectarea de către Uniunea Europeană a diversității culturale, religioase și lingvistice. În continuare, Carta consacră recunoașterea și respectarea de către Uniune a dreptului persoanelor în vârstă de a participa la viața socială și culturală (art. 25), iar, mai departe, prevede dreptul persoanelor cu handicap la integrare socială și profesională și dreptul de a participa la viața comunității (art. 26).

O reglementare expresă a dreptului la cultură nu apare în tratatele Uniunii Europene, dar se poate vorbi de o recunoaștere generală a tuturor drepturilor consacrate în alte documente, deci și a dreptului la cultură. Astfel, *Tratatul privind Uniunea Europeană* (versiunea consolidată) prevede că Uniunea recunoaște drepturile, libertățile și principiile prevăzute în *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene* (art. 6 pct. 1) și, de asemenea, că aderă la *Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale* (art. 6 pct. 2). Textul Tratatului mai prevede că drepturile fundamentale („astfel cum sunt garantate prin Convenție și astfel cum rezultă din tradițiile constituționale comune statelor membre”) reprezintă principii generale ale dreptului Uniunii (art. 6 pct.3). Între drepturile fundamentale, de care textul Tratatului face vorbire, se numără, desigur, și dreptul la cultură.

4. Reglementarea dreptului la cultură în spațiul juridic românesc

Constituția României, în forma revizuită în anul 2003, consacră, prin art. 33, accesul la cultură ca pe un drept fundamental al fiecărei persoane. Textul constituțional prevede garantarea accesului la cultură de către stat, în condițiile legii (art. 33 alin. 1), și, în continuare, libertatea persoanei de a-și dezvolta spiritualitatea și de a accede la valorile culturii naționale și universale, pe care o reglementează printr-o obligație negativă, în sensul că această libertate fundamentală „nu poate fi îngrădită” (art. 33 alin. 2). De asemenea, legea fundamentală stipulează obligația statului de a asigura păstrarea identității spirituale, sprijinirea culturii naționale, stimularea artelor, protejarea și conservarea moștenirii culturale, dezvoltarea creativității contemporane, promovarea valorilor culturale și artistice ale României în lume (art. 33 alin. 3).

Semnificativ pentru importanța pe care o prezintă cultura, în sensul ei cel mai cuprinzător, în viziunea legii fundamentale, art. 33 alin. 3 realizează o relație directă între identitatea spirituală, cultura națională, arte, moștenirea culturală, creativitate, enumerate într-o ordine logică și într-un raport implicit de intercauzalitate. Formarea, edificarea identității spirituale a individului se pot realiza prin accesul la cultură, prin frecventarea domeniilor culturii, prin implicarea activă în procesul de generare a culturii, prin creativitate și originalitate. Prin urmare, cultura, în vasta ei diversitate, valorile culturale participă, într-o acțiune sinergică, la edificarea identitară și la dezvoltarea civilizației naționale. În același timp, cultura, în toate formele ei de obiectivare, este generată în spațiul civilizației românești, fiind ea însăși produsul acesteia, purtând mărcile spirituale, estetice, morale și filosofice ale identității românești. O atare hermeneutică *in extenso* ne conduce la fundamentele conceptuale, juridice și filosofice pe care este construită norma constituțională.

În ceea ce privește raportul dintre legislația națională în materie și prevederile din actele juridice și tratatele internaționale, conform art. 20 alin. (1), dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor trebuie interpretate și aplicate în concordanță cu *Declarația Universală a Drepturilor Omului*, cu pactele și celelalte tratate la care România este parte. În cazul dreptului la cultură, pe lângă *Declarație*, este vorba de *Pactul internațional relativ la drepturile economice, sociale și culturale*, *Carta socială europeană revizuită*, *Recomandarea nr. 1990 din 24 ianuarie 2012* și de celelalte acte juridice (v. *supra*). În cazul existenței de neconcordanțe între dispozițiile pactelor și tratatelor privitoare la drepturile fundamentale ale omului la care România este parte și legile interne, sunt prioritare reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile (art. 20 alin.2).

5. Dreptul la cultură, fundament juridic al protecției patrimoniului cultural

În ceea ce privește legătura dintre cultură și patrimoniul cultural, aceasta este evidentă dacă analizăm aria conceptuală și domeniul patrimoniului cultural. Privindu-l într-o accepțiune cuprinzătoare, putem să definim

patrimoniul cultural ca pe ansamblul formelor de exprimare culturală, materială sau imaterială, al bunurilor mobile și imobile, al creațiilor spirituale, al ideilor, valorilor, credințelor, obiceiurilor, tradițiilor, ritualurilor, cutumelor, realizate de-a lungul timpului, păstrate în memoria umanității sau conservate și perpetuate până în prezent, transmise din generație în generație. Ca totalitate a produselor spiritualității și creativității umane, cu o dimensiune istorică de evoluție și dezvoltare, patrimoniul cultural reprezintă cadrul de existență, de conservare și de protejare a culturii în toate formele ei de obiectivare. Patrimoniul cultural nu este numai o însumare de bunuri și de idei, cu un caracter pasiv, ci o realitate vie, în continuă acumulare și dezvoltare, în deplină sincronizare cu evoluțiile din domeniul culturii. Patrimoniul cultural constituie memoria vie a culturii, în evoluție, care privește atât spre trecut, cât și spre viitor, oferind prezentului moștenirea cea mai prețioasă a istoriei și civilizației.

Actele juridice internaționale, documentele europene și legislația națională definesc patrimoniului cultural din perspective convergente, care relevă elementele din structura acestuia și valoarea lor pentru individ și societate. Astfel, *Declarația UNESCO de la Mexico City cu privire la politicile culturale, din 1982* (v. *supra*) definește patrimoniul cultural prin prisma elementelor sale componente: „Patrimoniul cultural al unui popor include operele artiștilor, arhitecților, muzicienilor, scriitorilor și oamenilor lui de știință și, de asemenea, pe aceea a artiștilor anonimi, expresii ale spiritualității poporului, și corpul de valori care dau sens vieții. Include atât opere tangibile cât și intangibile, prin care creativitatea aceluia popor capătă expresie: limbi, rituri, credințe, locuri istorice și monumente, literatura, opere de artă, arhive și biblioteci”.

Un alt document, de această dată de anvergură europeană, emis de Consiliul Europei, este *Convenția-cadru privind valoarea patrimoniului cultural pentru societate* (27 octombrie 2005, Faro), care dă propria definiție patrimoniului cultural: „Patrimoniul cultural constituie un ansamblu de resurse moștenite din trecut pe care persoanele le consideră, indiferent de regimul de proprietate al bunurilor, ca o reflectare și o expresie a valorilor, credințelor, cunoștințelor și tradițiilor lor în continuă evoluție. Acesta include și toate aspectele de mediu care rezultă din interacțiunea în timp între persoane și locuri”, (art. 2 lit. a). Convenția definește și *patrimoniul comun al Europei*, compus, pe de o parte, din totalitatea patrimoniilor culturale din arealul european, văzute ca „o sursă partajată de memorie, înțelegere, identitate, coeziune și creativitate”, pe de altă parte, din „idealurile, principiile și valorile, născute din experiența progreselor și a conflictelor trecute, care favorizează dezvoltarea unei societăți a păcii și a stabilității bazată pe respectul drepturilor omului, a democrației și a statului de drept” (art. 3).

În legislația românească din domeniu, o definiție a patrimoniului cultural național o dă *Legea nr. 182 din 20 octombrie 2000 privind protejarea patrimoniului cultural național mobil, republicată*, în spiritul viziunii și legislației internaționale și europene. În termenii legii, patrimoniul cultural național „cuprinde ansamblul bunurilor identificate ca atare, indiferent de regimul de proprietate asupra acestora, care reprezintă o mărturie și o expresie a valorilor, credințelor, cunoștințelor și tradițiilor aflate în continuă evoluție; cuprinde toate elementele rezultate din interacțiunea, de-a lungul timpului, între factorii umani și cei naturali”, [art. 1 (2)].

Patrimoniul cultural formează astfel cadrul comprehensiv de acumulare, conservare și protejare a bunurilor culturale în întreaga lor varietate, realizate de-a lungul timpului, pentru a le pune la dispoziția prezentului și a le transmite generațiilor viitoare. Ca fenomen dinamic, în continuă evoluție, sub semnul spiritului, inteligenței, creativității și originalității, cultura are în patrimoniul cultural, pe coordonată istorică, spațiul de validare și consacrare a valorilor sale autentice, de conservare și protejare a acestora și, mai departe, mediul de manifestare. În aceste date, dreptul la cultură își relevă importanța ca drept fundamental în sine, dar și în raport cu patrimoniul cultural. În cele mai multe cazuri, accesul la cultură, participarea la activitățile din domeniu, la beneficiile acestora și la binefacerile culturii în general, spre a face recurs la termenii din documentele internaționale, se realizează prin patrimoniul cultural. Tot ceea ce este valoros din diversele arii ale culturii de-a lungul istoriei până în prezent face parte din patrimoniul cultural și este accesibil prin intermediul acestuia.

Conservarea, protejarea și dezvoltarea patrimoniului cultural constituie o prioritate a lumii de azi. În acest sens, la nivel internațional, regional, european și național, există un cadru normativ și legislativ complex, format din declarații, convenții, tratate și legi, care consacră regimul juridic al patrimoniului cultural la toate aceste niveluri. Tot acest proces, care cuprinde inițiative și decizii politice, acte juridice și procese legislative, acțiuni diplomatice la nivelul relațiilor internaționale, are ca obiectiv final protecția juridică a patrimoniului cultural. La nivelul Uniunii Europene, de exemplu, există o serie de inițiative, programe și proiecte de anvergură dedicate protejării și conservării patrimoniului cultural. Una dintre cele mai recente și mai importante ca semnificație și ca arie de cuprindere, derulată, nu întâmplător, în anul comemorării unui secol de la sfârșitul primului război mondial, a fost declararea anului 2018 drept *Anul European al Patrimoniului Cultural*, prin Decizia (UE) 2017/864 a Parlamentului European și a Consiliului din 17 mai 2017. Din toate aceste documente, dispoziții și prevederi juridice, se cristalizează o nouă ramură a dreptului, și anume *dreptul culturii*, în curs de consolidare la nivel internațional și european. În acest cadru de mare complexitate, un rol fundamental îl are *dreptul la cultură*, care constituie premisa juridică³, fundamentul legal al protecției, conservării și dezvoltării patrimoniului cultural în scopul transmiterii lui către generațiile viitoare.

³ Duțu, Mircea, Lazăr, Augustin, Predescu, Ovidiu (coord.), *op. cit.*, p. 51.

CONSIDERAȚII PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI CA INSTRUMENT DE EXPRIMARE ȘI DISEMINARE A CULTURII JURIDICE ÎN SISTEMUL DREPTULUI ROMÂN

Considerations Regarding the Role of Jurisprudence as an Instrument of Expression and Dissemination of Legal Culture in The Romanian System of Law

Claudiu Ramon D. BUTCULESCU*

Rezumat: Prezenta lucrare își propune să prezinte, în mod sintetic, unele aspecte privind interacțiunea dintre jurisprudență, ca sub-sistem integrat sistemului izvoarelor dreptului și cultura juridică ca sub-sistem integrat sistemului normativ social. În teoria generală a dreptului, jurisprudența este clasificată ca un izvor de drept. În unele sisteme de drept este un izvor principal, iar în altele o regăsim ca izvor derivat, secundar. Rolul său de izvor de drept devine din ce în ce mai important în contextul actual al dreptului Uniunii Europene, care îmbină atât trăsături ale dreptului continental, cât și caracteristici ale dreptului anglo-saxon. Cu ajutorul jurisprudenței se clarifică anumite aspecte ale legii care prezintă lacune sau ambiguități, jurisprudența reprezentând ea însăși un instrument de exprimare și diseminare a culturii juridice. Cultura juridică reprezintă la rândul său un concept esențial în teoria generală a dreptului care nu a fost pe deplin definit, nici în literatura de specialitate românească, nici în cea străină. Scopul acestei lucrări este să răspundă la întrebarea următoare: există vreo legătură relevantă între jurisprudență și cultura juridică? Dacă răspunsul este afirmativ la această întrebare, o altă întrebare la care acest studiu își propune să răspundă este următoarea: care sunt caracteristicile relației sau interacțiunii dintre cultura juridică și jurisprudență? Analiza interacțiunii dintre jurisprudență și cultura juridică poate reprezenta un început pentru studierea modului în care cultura juridică este exprimată și diseminată în sistemul dreptului român.

Cuvinte-cheie: cultură juridică, jurisprudență, izvor de drept, teoria generală a dreptului, sistem normativ

Abstract: This paper synthetically addresses certain issues regarding the interaction between jurisprudence, seen as a sub-system integrated within the system of the sources of law and legal culture, seen as a sub-system integrated into the normative social system. In legal theory, jurisprudence is categorized as a source of law. In some systems of law, it is considered a principal source of law, while in others we find it as a secondary source of law. Its role as a source of law becomes more and more important in the actual context of European Law, which embodies both characteristics of continental law and common-law. Through jurisprudence, certain aspects of the law that are lacunary or ambiguous are clarified, although jurisprudence represents itself an instrument of expression and dissemination of legal culture. Legal culture represents an essential concept of law in its own right, pertaining to legal theory, although it has not completely defined neither in Romanian specialized literature, nor in foreign literature. The purpose of this study is to answer to the following question: are there any relevant relations or interactions between legal culture and jurisprudence? If the answer to the aforementioned question is an affirmative one, the a second question to which this study will try to answer is: what are the characteristics of the relations and interactions between the legal culture and jurisprudence? The analysis of the interactions between jurisprudence and legal culture could represent a starting point for studying the ways in which legal culture is expressed and disseminated in the Romanian system of law.

Keywords: legal culture, jurisprudence, source of law, legal theory, normative system.

I. Introducere

Relația dintre jurisprudență și cultura juridică determină efecte concrete la nivelul realității juridice concrete, având un impact deosebit asupra subiecților dreptului. Justițiabilul, posesor al unei cunoașteri comune, rareori a unei cunoașteri specializate, se află în permanență în contact cu efectele legii, chiar dacă uneori nu înțelege întreaga dimensiune a acestui contact. În cazul nerespectării prevederilor legale sau contractuale, justițiabilul intră în contact și cu organele jurisdicționale. Fie că este un reclamant ce dorește să-și recupereze o sumă de bani acordată cu titlu de împrumut sau un pârât care este dat în judecată de rudele sale pentru partajarea unei mase succesoriale, contactul cu organele jurisdicționale, mai ales cu instanțele de judecată este iminent. *Dies irae, dies illa* ne spune un poem medieval atribuit călugărului franciscan Thomas de Celano¹ de unii cercetători ori dominicanului Malabranca Orsini²

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; Conferențiar universitar, Universitatea „Spiru Haret” București; e-mail: butculescu@yahoo.com.

¹ F. J. E. Raby, *A History of Christian-Latin Poetry: From the Beginnings to the Close of the Middle Ages*, Oxford, Clarendon Press, 1927, p. 447.

sau chiar lui Bernard de Clairvaux³. Ziua judecății vine pentru justițiabilul nostru, intrat cu voie sau fără voie în sistemul judiciar român. Desigur că el caută dreptatea – un concept care nu se suprapune în totalitate cu legalitatea. Raportarea justițiabilului la sistemul dreptului este unul similar celui din poemul menționat mai sus: *Quid sum miser tunc dicturus? Quem patronus rogaturus? Cum vix justis sit securus?*, ceea ce într-o traducere simplistă ar însemna: *Ce ar trebui să spun eu, cel nefericit? Cărui stăpân să mă adresez? Când chiar și cei dreپți nu sunt siguri?* Nesigur, justițiabilul intră într-o lume pe care nu o cunoaște în mod aprofundat (cei mai mulți justițiabili nu o cunosc) și constată că perspectiva sa internă privind lumea dreptului nu corespunde cu realitatea ce i se înfățișează. În primul rând, conceptul esențial la care se raportează justițiabilul este cel de *dreptate*, care așa cum am arătat mai sus nu se suprapune integral cu conceptul de *legalitate*. Conform art. 124 alin. (3) din Constituția României, judecătorii sunt independenți și se supun numai legii. Nu întotdeauna cadrul cultural intern al justițiabilului cu privire la dreptate este identic cu prevederile legii. Perspectiva sa subiectivă asupra dreptății s-ar putea să fie diferită de perspectiva dreptății din punct de vedere obiectiv, chiar prin raportare la principiile echității. Mai mult decât atât, chiar dacă perspectiva justițiabilului cu privire la dreptate este în concordanță cu echitatea, s-ar putea să nu fie în concordanță cu legea. Puțini justițiabili se gândesc spre exemplu când împrumută cu sume de bani alte persoane că în cazul în care sumele nu sunt restituite, pot cere în instanță restituirea lor doar într-un anumit termen de la scadență. Desigur, orice student la drept cunoaște faptul că obligațiile civile nu se sting prin prescripție, ci doar degenerază din obligații perfecte în obligații imperfecte. Pentru justițiabil însă efectul este același: nu va putea cu ajutorul instanței să-și recupereze sumele împrumutate dacă au trecut mai mult de trei ani de la data scadenței, iar împrumutatul invocă prescripția extinctivă. De asemenea, realitatea tangibilă a sistemului judiciar nu este de natură să-l liniștească pe justițiabil. În cazul unui litigiu, în majoritatea cazurilor, acesta se prezintă într-o sală de judecată mică, supraaglomerată, află că numărul de pe citație este diferit de numărul de ordine al cauzei pe care trebuie să-l caute la avizierul amplasat în exteriorul sălii de judecată, descoperă treptat că în sala de judecată se respectă niște reguli despre care nu aflase până la acel moment nimic, află că litigiul său nu va fi judecat la ora înscrisă pe citație, ci va trebui să aștepte etc. În aceste condiții, îl vedem pe justițiabilul nostru în postura omului din interesanta parabolă a lui F. Kafka – *În fața legii*. Asemenea personajului din această parabolă, care nu se aștepta la dificultățile cu care se confruntă, deși considera că legea ar trebui să fie accesibilă tuturor, își pierde din încredere, deoarece comunicarea juridică la acest nivel este una deosebit de specializată și inaccesibilă pentru el. Desigur, ar trebui să părăsim universul kafkian care este prea sumbru și să găsim un alt univers în care să-l plasăm simbolic pe justițiabilul nostru. Am putea spune că el tocmai a intrat în *Divina comedie a dreptului*. În această ipostază, finalul măcar este unul pozitiv, iar justițiabilul nostru ar putea fi însoțit prin infern de către poetul Virgiliu. Pentru justițiabil, primul contact cu lumea judiciară se aseamănă probabil cu infernul lui Dante: *Lasciate ogni speranza, voi ch'entrate! – Lăsați orice speranță voi care intrați!*⁴. Este greu de crezut că justițiabilul va considera că se află în paradis (una dintre celelalte părți ale Divinei comedii) atunci când va afla că litigiul său va dura probabil un an, doi ani sau chiar mai mulți, cu numeroase termene la care ar trebui să participe, termene la care va consuma destul de mult timp așteptând să-i vină rândul pentru a se putea adresa instanței. Dezagreabil poate fi pentru justițiabil și litigiul în sine. Spre exemplu, într-un proces de divorț, depozițiile martorilor pot evidenția chestiuni neplăcute pentru părțile procesului sau în cauzele successorale, tensiunile dintre succesibili pot atinge cote înalte. Cât despre purgatoriu, aflându-ne într-o țară majoritar ortodoxă, nu credem că acest concept este cunoscut pe scară largă, el fiind caracteristic credincioșilor creștini catolici.

În tot acest periplu prin sistemul judiciar, justițiabilul este însoțit de către alți participanți la proces așa cum Dante era însoțit în *Divina Comedie* de poetul Virgiliu. Spre exemplu, conform art. 21 alin. (2) C. pr. civ., judecătorul va încerca împăcarea părților, dându-le îndrumările necesare. Art. 22 alin. (2) C. pr. civ. statuează că judecătorul are îndatorirea să stăruie, prin toate mijloacele legale, pentru a preveni orice greșală privind aflarea adevărului. Avocatul justițiabilului are de asemenea rolul de a-l asista și reprezenta pe justițiabil, atunci când a fost angajat sau desemnat din oficiu, astfel încât interesele legitime ale acestuia să fie apărute.

Toate aceste activități ale participanților la procedurile judiciare reprezintă proiecții ale culturii juridice interne, iar instrumentul prin care aceste elemente sunt transmise și diseminate către cultura juridică externă, deci către publicul larg este în principal jurisprudența, după cum vom arăta în secțiunile următoare.

II. Rolul jurisprudenței în dinamica sistemului de drept român

Jurisprudența este considerată în majoritatea sistemelor de drept ca un izvor formal al dreptului. Rădăcinile acestui izvor al dreptului, în sensul său actual, se regăsesc în dreptul roman⁵, sub forma așa-numitului *drept pretorian* care, potrivit jurisconsultului Papinian, sprijinea, complinea și corecta dreptul civil⁶. Dreptul pretorian cuprindea

² Joseph P. Swain, *Historical Dictionary of Sacred Music*, Second Edition, Rowman&Littlefield, 2006, p. 74.

³ Charles G. Herbermann (ed.), *The Catholic Encyclopedia*, The Encyclopedia Press, New York, 1908, p. 788.

⁴ [https://www.merriam-webster.com/dictionary/lasciate ogni speranza, voi ch'entrate](https://www.merriam-webster.com/dictionary/lasciate%20ogni%20speranza,%20voi%20ch'entrate).

⁵ Mihail Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 108.

⁶ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 26.

edictelor pretorului, acesta fiind o categorie a *jus honorarium*⁷. Desigur, în dreptul roman, noțiunea de „jurisprudență” avea un alt sens, reprezentând interpretarea jurisconsulților⁸, dar acest aspect nu este unul singular, având în vedere că și alte instituții ale dreptului roman au fost preluate în diferite sisteme de drept de mai târziu, care însă le-au schimbat semnificația⁹. În literatura de specialitate s-a arătat că jurisprudența reprezintă autoritatea ce provine din precedentele judecătorești¹⁰. Într-o definiție mai detaliată, se menționează că jurisprudența desemnează totalitatea hotărârilor judecătorești pronunțate de către instanțele judecătorești de toate gradele în procesul de soluționare a cauzelor deduse judecării lor¹¹. Rolul jurisprudenței, așa cum s-a arătat în doctrină, este de a interpreta și aplica la cazuri concrete legea¹².

În funcție de sistemul de drept pe care-l analizăm, jurisprudența poate avea un rol mai mult sau mai puțin important. În țările care au sisteme de drept de tip common-law, jurisprudența reprezintă un izvor de drept direct, cu un rol principal în crearea dreptului. Între cele două mari sisteme de drept există diferențe notabile atât în materia dreptului civil, cât și în materia dreptului penal¹³. Astfel, în sistemele common-law, judecătorul nu doar interpretează o normă juridică ci chiar creează norme de drept, prin hotărâri care au caracter obligatoriu și general pentru viitor, prin utilizarea conceptului *stare decisis* (a urma ceea ce deja este hotărât), cum ar fi spre exemplu sistemul american de drept¹⁴ sau sistemul britanic¹⁵.

În sistemele romano-germanice, în care rolul de izvor principal al dreptului revine actului normativ, jurisprudența ocupă un loc secundar, în sensul că prin jurisprudență, instanța interpretează și aplică legea în cazuri concrete. În sistemul dreptului român, în mod tradițional se consideră că jurisprudența nu este un izvor al dreptului. Cu toate acestea, abordările mai recente arată o predispoziție spre considerarea jurisprudenței ca un izvor cel puțin ajutător¹⁶ al dreptului. Într-o altă opinie a unui reputat profesor de drept se arată că în cazul unor hotărâri ale instanței supreme, pe calea precedentului judiciar, decizia instanței poate deveni sursă creatoare a dreptului¹⁷.

Pentru a putea analiza în mod corespunzător rolul pe care jurisprudența îl are în cadrul sistemului român de drept, este mai întâi necesar să definim acest concept. În majoritatea lucrărilor de specialitate, jurisprudența este recunoscută ca un izvor al dreptului, ceea ce poate reprezenta un început al analizei realizate în cadrul acestei lucrări. Totuși, jurisprudența poate fi abordată dintr-o perspectivă mai largă, sistemică, prin considerarea sa ca un sistem informațional, care asigură comunicarea juridică între izvorul formal ale legii și deci implicit autoritatea etatică și publicul larg care este destinatarul legii.

Analiza jurisprudenței ca un izvor de drept poate porni de la influența pe care o hotărâre judecătorească o poate avea asupra legii, ca izvor principal al dreptului. În principiu, legea este cea care generează jurisprudență având în vedere că în aplicarea legii, autoritatea statală chemată să soluționeze un diferend între persoane va aplica legea. În acest sens, izvoarele dreptului în general sunt destul de bine conturate în dreptul român și au ca pivot principal legea sau actul normativ. Spre exemplu, în art. 1 C. civ. se precizează că izvoarele dreptului civil sunt: legea, uzanțele și principiile generale ale dreptului. Dincolo de ordinea de aplicare evidențiată de textul legal amintit¹⁸, se poate deduce și cronologia apariției acestor izvoare ale dreptului. Astfel, din punct de vedere cronologic, primele izvoare ale dreptului puteau fi doar principiile generale ale dreptului, cel puțin în sfera dreptului privat, principii care guvernează¹⁹ cel puțin ideatic legea chiar și în contemporaneitate. Aceste principii sunt de regulă proiecții ale unor reguli apriorice, perene ce-și găsesc aplicarea în sfera materială a dreptului. Ca urmare a aplicării repetate a principiilor, au apărut uzanțele, conținând elementul obiectiv, respectiv practica îndelungată, acestea fiind ulterior transmutate în obicei juridic prin adăugarea elementului subiectiv, respectiv convingerea comunității că respectiva practică îndelungată are un caracter obligatoriu. Dinamica relațiilor sociale, care se caracterizează prin nevoie nelimitată de soluții juridice, raportate la multitudinea de uzanțe care ar trebui aplicate, precum și faptul că obiceiul juridic nu a putut oferi întotdeauna clarificările necesare pentru protejarea relațiilor sociale²⁰ a determinat apariția legii

⁷ S.G. Longinescu, *Elemente de Drept roman*, vol. I, Tipografia Soc. Anonime Curierul Judiciar, București, 1927, p. 172.

⁸ C. St. Tomulescu, *Drept privat roman*, Tipografia Universității București, București, 1973, p. 34.

⁹ Tudor Avrigeanu, „Știința seacă a dreptului”? Concepția lui Constantin Noica despre drept și știința juridică, Studii și cercetări juridice, an. 6 (62) nr. 3, p. 303.

¹⁰ Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 155.

¹¹ Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2013, p. 113.

¹² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 157.

¹³ Denisa Barbu, *Importanța predictibilității procedurilor penale în faza de urmărire penală*, volumul Dreptul Românesc la 100 de ani de la Marea Unire, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 499.

¹⁴ Michael J. Gerhardt, *The Power of Precedent*, New York: Oxford University Press, 2008, p. 9.

¹⁵ M. M. Knappen, *Constitutional and Legal History of England*, New York: Harcourt Brace, 1942, p. 208.

¹⁶ Mihail Niemesch, *op. cit.*, p. 116.

¹⁷ Nicolae Popa, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸ Gabriel Boroș, Carla Alexandra Angheliescu, *Curs de Drept civil. Partea generală*, ed. a 2-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, p. 7.

¹⁹ Alexandru Florin Măgureanu, *Equity, Justice and Law*, Journal of Law and Administrative Sciences no. 3/2015, p. 225.

²⁰ Maria-Luiza Hrestic, *Considerations on the Importance of Law and Juridical Custom, as Formal Law Sources*, Supplement of Valahia University Law Study, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2017, p. 163.

ca izvor de drept. Unde se plasează însă jurisprudența în acest complex de izvoare ale dreptului? În sistemele de drept romano-germanice din a cărei familie face parte și sistemul dreptului românesc jurisprudența este trimisă deseori în planul secundar al izvoarelor dreptului, alături de doctrină.

Din punct de vedere istoric, jurisprudența a însoțit legea ca izvor al dreptului încă din timpuri antice. Într-o decizie a Adunării de la Nippur, din anul 1850 î.d.Chr., deci cu aproximativ 100 de ani înainte de Codul lui Hammurabi, se soluționează un caz privind o crimă, iar decizia în cauză a fost găsită de arheologi în cel puțin două exemplare²¹, în locuri diferite, ceea ce indică faptul că ar fi putut avea valoare de precedent. Deși la acel moment Codul lui Hammurabi nu exista încă, acesta fiind edictat în jurul anilor 1760 î.d.Ch., între anii 2100-2050 î.d.Ch.²² fusese edictat Codul sumerian al regelui Ur-Nammu, al căror conținut îl cunoaștem astăzi și care probabil era în vigoare la momentul procesului. Astfel, cele două izvoare se pare că au coexistat în antichitate. În mod similar, în dreptul roman, dreptul pretorian cuprinde soluțiile creatoare de drept ale praetorului, care aveau rolul de a eficientiza aplicarea dreptului roman. Este posibil ca în timpuri mai vechi, jurisprudența să se fi suprapus, cel puțin parțial cu doctrina. Un exemplu îl putem regăsi în perioada medievală, dacă studiem răspunsul maeștrilor teologi ai Universității din Paris, transmis către regele Filip al IV-lea referitor la unele chestiuni privind competența jurisdicțională²³ a judecării procesului templierilor. Dacă studiem mecanismul întrebărilor formulate de regele Franței și răspunsul maeștrilor teologi, credem că ne regăsim în prezența unui *veritabil strămoș juridic* al întrebărilor prealabile sau preliminare utilizate astăzi atât în dreptul național, cât și în dreptul Uniunii Europene.

În dreptul român actual, există câteva categorii de hotărâri judecătorești care se prezintă drept candidate serioase pentru rolul de izvor al dreptului. Chestiunile acestea au fost dezbătute pe larg în literatura de specialitate, astfel că nu vom insista foarte mult asupra lor, ci doar le vom menționa sumar. Deciziile Curții Constituționale au fost în mod repetat caracterizate drept izvoare ale dreptului, având în vedere dispozițiile art. 146 din Constituția României, care prevăd printre atribuțiile Curții Constituționale și pe acelea privind hotărârile referitoare la excepțiile de neconstituționalitate privind legile și ordonanțele, iar dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente care au fost constatate ca fiind neconstituționale își încetează efectele juridice²⁴ la 45 de zile de la publicarea Deciziei Curții Constituționale – dacă în acest interval emitentul actului normativ declarat neconstituțional nu pune în acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. În principiu, hotărârile Curții Constituționale de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate ar fi trebuit să fie relativ reduse la număr, având în vedere că adoptarea unor dispoziții legale neconstituționale ar trebui să constituie incidente absolut excepționale și rarissime. Cu toate acestea, există ramuri ale dreptului în care realitatea concretă este diametral opusă. Spre exemplu, multitudinea dispozițiilor din Codul de procedură penală declarate neconstituționale, au determinat o serie de interpretări ale instanțelor de judecată, în absența intervenției legiuitorului, iar jurisprudența a devenit neunitară la nivel național²⁵. Acest efect negativ al declarării neconstituționalității unei prevederi legale poate avea indirect un efect pozitiv, în sensul că odată încetate efectele prevederilor neconstituționale, este posibil ca vechile prevederi normative, abrogate prin prevederile declarate neconstituționale să redevină pe deplin aplicabile, jurisprudența Curții Constituționale fiind edificatoare în acest sens²⁶. Deciziile Curții Constituționale au avut nu doar rolul de a elimina prevederi neconstituționale, ci au interpretat anumite dispoziții ale legilor, fără a le declara direct neconstituționale. Spre exemplu, în Decizia nr. 623/2016, la pct. 2 al dispozitivului, Curtea a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că *prevederile din art. 11 teza întâi raportate la art. 3 teza a doua, art. 4, 7 și 8 din Legea nr. 77/2016 privind darea în plată a unor bunuri imobile în vederea stingerii obligațiilor asumate prin credite sunt constituționale în măsura în care instanța judecătorească verifică condițiile referitoare la existența impreviziunii*, creând efectiv o stare bivalentă a prevederilor legale menționate, iar constituționalitatea acestora depinzând de la caz la caz de modul în care acționează instanța de judecată în cazuri concrete. Într-o altă decizie, respectiv Decizia nr. 639/2016, Curtea Constituțională a stabilit în considerentele sale că Legea nr. 77/2016 nu este aplicabilă unei spețe concrete, deoarece partea din respectivul dosar aflat pe rolul instanței de fond nu formulase nicio notificare și nu a solicitat transmiterea dreptului de proprietate asupra bunului său, bunul fiind deja vândut la licitație publică încă din anul 2015. Ulterior, prin considerentele deciziei nr. 638/2016 a Curții Constituționale s-a arătat că instanța judecătorească, care este independentă în aprecierea sa, va putea face aplicarea instituției impreviziunii în temeiul Legii nr. 77/2016, în funcție de stadiul executării silite a bunului ipotecat. Prin Decizia nr. 95/2017, Curtea Constituțională a stabilit că în cazul imobilelor adjudecate anterior intrării în vigoare a legii, legiuitorul a recurs la o ficțiune juridică, apreciind în contextul impreviziunii, că sumele de bani plătite în mod voluntar de către debitor, cele obținute din adjudecarea

²¹ Samuel Noah Kramer, *History Begins at Sumer: Thirty-Nine Firsts in Recorded History*, 3rd Rev. ed. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1981, p. 57.

²² Henk Dijkstra, *History of the Ancient and Medieval World*, vol. 2 (New York: Marshall Cavendish, 1996, p. 232.

²³ Malcolm Barber and Keith Bate, trans., *The Templars: Selected Sources*, Manchester, England: Manchester University Press, 2002, p. 258.

²⁴ Mihai Constantinescu, Antonie Iorgovan, Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu, *Constituția României revizuită. Comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 325.

²⁵ Denisa Barbu, *The principle of separation of judicial functions*, în revista LESIJ nr 1/2016, 2016, pp. 145-148, <http://cks.univnt.ro>.

²⁶ Decizia nr. 62/18.01.2007, Decizia nr. 414/14.04.2010, Decizia nr. 1039/05.12.2012.

bunului, precum și sumele rezultate din executarea silită a altor bunuri ale debitorului până la data formulării notificării acoperă valoarea datoriilor aferente contractului de credit. Pe lângă deciziile menționate mai sus, au mai fost pronunțate și alte hotărâri ale Curții Constituționale cu privire la legea menționată mai sus, dar am reținut doar câteva pentru a ilustra modul în care jurisprudența poate interveni în realitatea concretă juridică, ca instrument de aplicare și interpretare a legii. Trebuie menționat că în problematica enunțată mai sus, practica judiciară a rămas neuniformă, cu privire la aplicabilitatea Legii nr. 77/2016 în cazul în care bunul imobil a fost adjudecat anterior intrării în vigoare a legii, situația fiind însă tranșată prin Decizia nr. 7/2019, pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție care a stabilit că pot solicita stingerea obligațiilor izvorâte din contractele de credit debitorii care sunt supuși în continuare unei executări silite, deși executarea silită a imobilului ipotecat a fost finalizată prin adjudecare, iar instanța investită cu o asemenea cerere urmează să verifice dacă sunt îndeplinite condițiile imprevizunii.

De asemenea, unele hotărâri ale Înaltei Curți de Casație și Justiție pot fi considerate că au natura unor izvoare ale dreptului. În acest sens, în materie civilă, dispozițiile art. 514-518 C. pr. civ. privind recursul în interesul legii au scopul de a asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii²⁷ în cazul problemelor de drept soluționate diferit de instanțele judecătorești, iar instanțele vor ține seama de soluția pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție²⁸. În cazul situațiilor noi, care nu au generat încă o practică judecătorească unitară, dispozițiile art. 519-521 ale aceluiași Cod permit lămurirea unor asemenea chestiuni de drept, deciziile instanței supreme fiind de asemenea obligatorii²⁹. Un exemplu interesant de interpretare a dispozițiilor legale îl regăsim în Decizia nr. 4/2013, publicată în M. Of. nr. 226/19.04.2013 în ale cărei considerente găsim interpretarea sintagmei *divorțați înainte de intrarea în vigoare a Codului civil*, prevăzută de art. 46 din Legea nr. 71/2011. Instanța supremă a interpretat această sintagmă ca însemnând *divorțați prin hotărâre irevocabilă înainte de intrarea în vigoare a Codului civil* motivând că doar de la această dată se produc efectele divorțului. Din punct de vedere al interpretării, putem observa că din concurența celor două reguli de interpretare logică aplicabile speței de mai sus, respectiv regula potrivit căreia unde legea nu distinge nici interpretul nu trebuie să o facă (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*) și regula potrivit căreia actul juridic trebuie interpretat în sensul în care ar putea produce un efect, nu în cel în care n-ar produce niciunul (*actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat*) a fost aleasă regula a doua, deși din punct de vedere strict lingvistic, sintagma a fost îmbogățită prin adăugarea unei condiționări care a conferit textului legal interpretat eficiență juridică. Destul de numeroase sunt și situațiile în care efectele hotărârilor Curții Constituționale se împletesc cu cele ale hotărârilor Înaltei Curți de Casație și Justiție. Un exemplu relevant în acest sens îl reprezintă ansamblul de hotărâri ale celor două instanțe privind admisibilitatea recursurilor promovate în litigii civile cu o valoare mai mică de 1.000.000 de lei. Pe scurt, prin Decizia nr. 369/2017 a Curții Constituționale s-a constatat că sintagma *precum și în alte cereri evaluabile în bani în valoare de până la 1.000.000 lei inclusiv* cuprinsă în art. XVIII alin. (2) din Legea nr. 2/2013 este neconstituțională. Această decizie a avut efectul negativ de a înlătura efectele textului legal neconstituțional, dar indirect a avut și un efect pozitiv, deoarece a deschis calea recursului pentru majoritatea litigiilor civile ale căror obiect nu depășea 1.000.000 lei inclusiv. Prin Decizia nr. 52/2018, Înalta Curte de Casație și Justiție a încercat să fixeze limitele aplicării Deciziei Curții Constituționale nr. 369/2017 și a stabilit că efectele acesteia se produc cu privire la hotărârile judecătorești pronunțate după publicarea acesteia în Monitorul Oficial al României, în litigiile evaluabile în bani de până la 1.000.000 lei inclusiv, pornite ulterior publicării deciziei (20 iulie 2017), prin aplicarea prevederilor art. 27 din Codul de procedură civilă, care prevede că hotărârile rămân supuse căilor de atac, motivelor și termenelor prevăzute de legea sub care a început procesul. Astfel, în mod efectiv, toate procesele în curs la data publicării deciziei Curții Constituționale nu ar fi fost susceptibile de recurs, ci numai cele pornite după publicarea hotărârii Curții Constituționale. Această interpretare a fost declarată neconstituțională prin Decizia Curții Constituționale nr. 874/2018, care a stabilit că dispozițiile art. 27 din Codul de Procedură civilă, în interpretarea dată prin Decizia nr. 52/18 iunie 2018 pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, sunt neconstituționale. Dinamica juridică a acestei chestiuni a fost estompată prin Decizia nr. 2/2019 pronunțată de către Înalta Curte de Casație și Justiție, care a constatat că problema de drept a fost tranșată de hotărârea nr. 874/2018 a Curții Constituționale. De altfel, în perioada scursă între data de 18 decembrie 2018, când s-a pronunțat hotărârea nr. 874/2018 și data de 14.01.2019, când a fost pronunțată hotărârea Înaltei Curți de Casație și Justiție a intervenit și legiuitorul prin legea nr. 310/2018, modificând textul legal care a generat destul de multe controverse.

În mod similar, în materie penală, art. 473-474¹ C. pr. pen. asigură reglementarea recursului în interesul legii în domeniul dreptului penal, iar dispozițiile prevăzute de art. 475-477¹ asigură reglementarea soluționării hotărârilor prealabile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept. Nu în ultimul

²⁷ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept civil. Partea generală. Curs universitar*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, p. 28.

²⁸ Gabriel Boroi, Octavia Spineanu Matei, Andreia Liana Constanda, ..., *Noul Cod de procedură civilă. Comentarii pe articole*, vol. I. Art. 1-526, Ed. Hamangiu, București, 2013 p. 1005.

²⁹ Carmen Tamara Ungureanu, *Titlul preliminar. Despre legea civilă în Noul Cod civil. Comentarii, doctrină și jurisprudență*, vol. I. Art. 1-952, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 4.

rând, unele hotărâri ale instanțelor de contencios administrativ pot fi circumscrise sferei izvoarelor dreptului, în condițiile prevăzute de Legea nr. 554/2004, în ceea ce privește anularea actelor administrative. Depășind granițele dreptului național, în sfera dreptului european, spre care dreptul românesc a început să se îndrepte cu precădere începând cu anul 1991³⁰, mai există două categorii de hotărâri care au natura unor izvoare de drept, respectiv hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului și hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene, sfera de aplicare a acestor hotărâri fiind mult mai largă, mai ales în contextul unui număr mult mai mare de acte normative, la nivel european și internațional³¹. În cazul jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului se analizează posibile încălcări ale drepturilor omului în statele care au ratificat Convenția Europeană a Drepturilor Omului, invocate de persoane fizice sau chiar de către state³² cum ar fi: dreptul de proprietate³³, durata rezonabilă³⁴ a unui proces etc., în timp ce jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene privește aspecte referitoare la interpretarea izvoarelor Uniunii Europene, în domenii variate, cum ar fi protecția consumatorilor³⁵, egalitatea de șanse³⁶ etc. Între jurisprudența națională și cea europeană există conexiuni multiple. Astfel, există numeroase situații în care jurisprudența națională se raportează la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului sau la jurisprudența Curții Europene de Justiție. În doctrină s-a arătat că asemenea conexiuni pot exista și între jurisprudența Curții Constituționale și jurisprudența celor două instanțe europene menționate mai sus, controlul de constituționalitate fiind principalul mijloc de afirmare a identității constituționale³⁷. Există însă și situații în care jurisprudența unor instanțe internaționale nu are rol de izvor de drept, cum este cazul deciziilor Curții Internaționale de Justiție, care produc efecte doar între părțile litigante³⁸. Nu în ultimul rând, jurisprudența instanțelor menționate mai sus comportă anumite trăsături specifice în funcție de diviziunea dreptului în care se manifestă, între cele două diviziuni ale dreptului existând diferențe semnificative. Spre exemplu, în dreptul privat este preeminent principiul disponibilității, deși în doctrină există opinii potrivit cărora acest principiu și-ar putea găsi aplicabilitate și în dreptul penal³⁹.

Rolul declarat al jurisprudenței este însă de a asigura aplicarea și interpretarea corectă și unitară a legii. Cu alte cuvinte, în situațiile în care textul legal nu este suficient de clar sau este ambiguu, jurisprudența intervine și lămurește neclaritățile legislative. Câteodată este necesar un ansamblu de hotărâri cu caracter obligatoriu pentru a clarifica anumite aspecte legale, cum este cazul jurisprudenței instanței de contencios constituțional și a instanței supreme referitoare la legea dării în plată sau la admisibilitatea căii de atac a recursului. În alte situații, o singură hotărâre a instanței supreme a fost suficientă pentru a clarifica o problemă de drept, cum ar fi cazul sintagmei „divorțați înainte de intrarea în vigoare a Codului civil”, prevăzută de art. 46 din Legea nr. 71/2011, a cărei aplicare a fost restrânsă și precizată de Înalta Curte de Casație și Justiție doar la hotărârile irevocabile. În acest caz, ar fi interesant de analizat în ce măsură jurisprudența generală și obligatorie nu se transformă treptat într-o *quasi lex specialia*, care chiar dacă nu poate avea conținut contrar normei legale, o completează atunci când aceasta tace.

Din punct de vedere sistemic jurisprudența se prezintă ca un sub-sistem al sistemului izvoarelor dreptului, fiind în strânsă legătură cu actul normativ ca izvor de drept. De altfel, cele două izvoare pot fi imaginate ca elemente ale aceluiași sistem informațional. Sistemul legilor determină câteodată mesaje juridice cu caracter ambiguu sau neclar care nu sunt înțelese pe deplin de către destinatarii legii. Având în vedere că prin comunicarea dreptului trebuie să înțelegem un proces mult mai complex decât o simplă transmisiune fiind formată din trei elemente care interacționează reciproc, respectiv: informația, exprimarea și înțelegerea mesajului comunicat⁴⁰, jurisprudenței îi revine rolul de a clarifica aspectele neclare ale legii.

³⁰ Mircea Duțu, *Identitatea constituțională în contextul integrării europene, Instituții juridice contemporane în contextul integrării României în Uniunea Europeană*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 21.

³¹ Emilian Ciongaru, *Constitutional Law Connotations of Legal Certainty in the Rule of Law*, în Revista Fiat Iustitia no. 1/2016, p. 46.

³² Maria Luiza Hrestic, *The European Court of Human Rights. A few Considerations Regarding its Juridical Reasoning*, Procedia – Social And Behavioral Sciences 92 (2013), p. 398.

³³ Andrei Duțu, *Dreptul de proprietate și exigențele protecției mediului*, Studii și cercetări juridice, anul 1 (57), nr. 3, iulie-septembrie 2012, p. 290.

³⁴ Florin Octavian Barbu, *Effective Remedies introduced in National Law following ECHR Jurisprudence*, Valahia University Law Study, Volume XXIX, issue 1, 2017, p. 79.

³⁵ Andrei Duțu-Buzura, *Perspectivile codificării dreptului privat european*, Dreptul românesc la 100 de ani de la Marea Unire. Dimensiuni și tendințe, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 60.

³⁶ Amelia Diaconescu, Adrian Cristian Moise, *The Jurisprudence of the Court of Justice of the European Union in the Matter of Equality of Chances*, Journal of Public Law and Administration, volume III, Issue 6, 2017, pp. 77-78.

³⁷ Mircea Duțu, *Controlul de constituționalitate al legilor – instrument de promovare a identității constituționale*, Studii și cercetări juridice, anul 1 (57), nr. 3, iulie-septembrie 2012, p. 234.

³⁸ Maria Luiza Hrestic, *Considerations on the Formal Sources of International Law*, Journal of Law and Administrative Sciences, no. 7/2017, p. 110.

³⁹ Denisa Barbu, *Actul de recunoaștere a vinovăției în procedura penală română*, Studii și cercetări juridice 4(60, nr. 2, aprilie – iunie 2015, p. 243.

⁴⁰ Niklas Luhmann, *Theory of Society*, trans. Rhodes Barrett, vol. 1, Stanford, CA: Stanford University Press, 2012, p. 36.

Entropia negativă a sistemului legilor este diminuată prin intervenția jurisprudenței, care are rolul de a reduce gradul de incertitudine al sistemului⁴¹. De altfel, interpretarea unitară a legii presupune eliminarea incertitudinilor, pe cât posibil, astfel încât normele juridice să fie caracterizate prin previzibilitate și stabilitate.

După cum am arătat mai sus, rolul jurisprudenței este strâns legat de clarificarea prin interpretare și aplicare a legii, aceste operațiuni realizându-se prin intermediul comunicării juridice. Așa cum am arătat și în alte lucrări, comunicarea dreptului poate fi materială, fluxul informațional fiind direcționat dinspre societate spre autoritatea etatică și formală, caz în care fluxul informațional este direcționat ca răspuns al autorității etatice la nevoile societății, prin edictarea legilor⁴².

În analiza fluxului informațional, putem observa că legea, de multe ori, prin conținutul său ambiguu generează zgomot juridic, mesajul juridic fiind distorsionat sau chiar alterat dincolo de sensul său original. În aceste condiții, jurisprudența acționează ca un decodificator în acest sistem de comunicare, reducând sau chiar eliminând zgomotul juridic și redând mesajului sensul său juridic inițial.

III. Rolul culturii juridice în dinamica sistemului dreptului român

În ceea ce privește cultura juridică, în literatura de specialitate s-a arătat că aceasta poate fi considerată atât un sub-sistem al sistemului culturii sau un sub-sistem al sistemului social normativ⁴³. Cea de-a doua ipostază este relevantă pentru studiul de față. Cultura juridică a fost clasificată în mai multe lucrări de specialitate ca fiind compusă din două elemente⁴⁴: cultura juridică internă, a operatorilor dreptului, respectiv a specialiștilor, fie ei magistrați, notari, avocați etc. și cultura juridică externă care cuprinde ansamblul percepțiilor publicului larg cu privire la sistemul dreptului. Sistemul social normativ cuprinde pe lângă sub-sistemul culturii juridice și alte sub-sisteme, care relaționează direct între ele, printre acestea fiind sub-sistemul normelor etice⁴⁵, sub-sistemul normelor tehnice⁴⁶, sub-sistemul normelor morale⁴⁷, sub-sistemul normelor religioase⁴⁸ etc.

În cadrul sistemului dreptului, dacă vom analiza dreptul din perspectiva unui instrument de comunicare, putem observa că cele două componente ale culturii juridice, respectiv cultura juridică internă și cultura juridică externă joacă un rol deosebit de important. Cultura juridică externă, cea care se regăsește la nivelul publicului larg contribuie la formarea unuia dintre cei mai importanți factori de configurare ai dreptului și determină comunicarea materială a dreptului, așa cum arătam mai sus. Cerințele societății sunt preluate de către autoritatea etatică, iar în raport de aceste cerințe, legiuitorul încearcă să reglementeze anumite sectoare de activitate ale comunității pe care o guvernează, prin adoptarea unor acte normative cu caracter general și obligatoriu. Odată adoptate, aceste acte normative trebuie comunicate către destinatarii legii, deci către publicul larg, astfel încât acesta să cunoască prevederile legale și să le respecte, ceea ce determină comunicarea formală a dreptului. Desigur, cunoașterea legii nu înseamnă în mod necesar și acceptarea prevederilor legale. Neacceptarea prevederilor legale conduce la sancțiuni prevăzute de lege, dar aspectul sancționatoriu nu elimină realitatea concretă care ne arată că de multe ori legile nu sunt respectate. Câteodată, mesajul juridic transmis prin intermediul comunicării formale este ambiguu, lacunar sau contradictoriu, ceea ce poate contribui la creșterea ratei de inacceptabilitate a acestuia. Spre exemplu, în sistemul de drept român, legiuitorul a încercat în mai multe domenii să simplifice legislația, pentru a facilita o aplicare mai eficientă a acesteia. Cealaltă componentă a culturii juridice, respectiv cultura juridică internă, formată din specialiștii dreptului are rolul de a decodifica mesajul juridic, astfel încât acesta să poată fi perceput și înțeles corespunzător de către destinatarii legii. Cultura juridică internă se manifestă prin diferite instrumente juridice, cel mai important dintre acestea fiind jurisprudența.

Astfel, în ceea ce privește întrebarea referitoare la existența unei relații între jurisprudență și cultura juridică, răspunsul nu poate fi decât afirmativ în sensul că între jurisprudență și cultură juridică există o legătură directă, jurisprudența fiind instrumentul principal de exprimare și diseminare al culturii juridice interne.

IV. Precizări privind relația dintre jurisprudență și cultură juridică în sistemul dreptului român

Relația dintre jurisprudență și cultura juridică poate fi analizată în mod judicios prin abordarea sistemică a celor două concepte. În aplicarea și interpretarea legii, specialistul trebuie să apeleze la alte surse ale dreptului, având în vedere ambiguitatea textului legal pe care este chemat să-l clarifice. El poate avea în vedere analiza uzanțelor dacă are acces la asemenea uzanțe, dar va apela și la principiile generale ale dreptului, utilizând metodele de interpretare. Odată stabilit sensul textului normativ, odată clarificat și interpretat, urmează și motivarea soluției adoptate de către

⁴¹ Claudiu Ramon Butculescu, *Dreptul – instrument de comunicare*, Ed. Eikon, București, 2017, pp. 102-104.

⁴² Claudiu Ramon Butculescu, *Dreptul – instrument de comunicare*, Ed. Eikon, București, 2017, p. 20.

⁴³ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept și cultură. Drepturi culturale și culturi juridice*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2017, p. 24.

⁴⁴ Lawrence M. Friedman, Rogelio Perez Perdomo, *Legal Culture in the Age of Globalisation. Latin America and Latin Europe*, Stanford University Press, 2003.

⁴⁵ Nicolae Popa, *Teoria Generală a Dreptului*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 111.

⁴⁶ Mihai Bădescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Sitech, Craiova, 2013, p. 82.

⁴⁷ Mihail Niemesch, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 72.

⁴⁸ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Drept și cultură. Drepturi culturale și culturi juridice*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2017, p. 217.

interpret, iar prin această motivare în realitate se exprimă și se diseminează către publicul larg elemente de cultură juridică internă.

Opiniile specialiștilor dreptului exprimate prin hotărâri ale organelor jurisdicționale, în principal instanțe judecătorești prezintă o eficiență juridică deosebită. Fie că este vorba despre hotărâri judecătorești obișnuite prin care instanța hotărăște cu privire la litigiul dedus judecătii, cu efect obligatoriu doar între părțile dosarului sau este vorba de hotărâri pronunțate de instanțe superioare, cu efect general și obligatoriu, jurisprudența servește ca instrument de exprimare și diseminare a culturii juridice interne. Pe lângă jurisprudență, un alt rol în diseminarea culturii juridice îl joacă doctrina, exprimată prin numeroasele lucrări de specialitate, tratate, cursuri, monografii etc. Cu toate acestea, jurisprudența este cea care proiectează în conținutul culturii juridice externe, a publicului larg, elemente de cultură juridică internă. Pe lângă instanțele de judecată, și ceilalți operatori ai dreptului contribuie la operațiunea de exprimare a dreptului prin intermediul jurisprudenței, cum ar fi avocații, notarii, executorii judecătorești etc. Multe din activitățile acestor specialiști ai dreptului sunt urmate de activități de natură judiciară care sunt creatoare de jurisprudență. Spre exemplu, încheierea notarului public prin care acesta constată că succesibilii își contestă unii altora calitatea sau nu se înțeleg cu privire la compunerea masei succesoriale și la întinderea drepturilor care li se cuvin, este urmată de intervenția instanței de judecată, textul Legii nr. 36/1996 arătând că în art. 109 alin. (3) *notarul îndrumă părțile să soluționeze neînțelegerile dintre ele pe cale judecătorească*. În mod similar, actele executorului judecătorec sunt supuse cenzurii judiciare pe calea contestației la executare prevăzute de Codul de procedură civilă. În ceea ce-i privește pe avocați, art. 3 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 51/1995 prevede că activitatea avocatului se realizează printre altele prin asistență și reprezentare juridică în fața instanțelor judecătorești, a organelor de urmărire penală, a autorităților cu atribuții jurisdicționale, a notarilor publici și a executorilor judecătorești, a organelor administrației publice și a instituțiilor, precum și a altor persoane juridice, în condițiile legii.

V. Concluzii

În cadrul acestei lucrări am încercat să demonstrez că între cultura juridică și jurisprudență există o legătură directă, în sensul că jurisprudența reprezintă instrumentul principal prin care se exprimă și se diseminează cultura juridică. În raport de cele prezentate mai sus, consider că principala componentă a culturii juridice care este exprimată și diseminată prin jurisprudență este cultura juridică internă. Cultura juridică internă acționează ca un decodicator al mesajului juridic transmis de autoritatea etatică publicului larg, sub forma actelor normative, iar instrumentul principal pe care cultura juridică internă îl folosește pentru a decodifica mesajul juridic este jurisprudența. Prin intermediul său, se clarifică, se interpretează și se aplică actul normativ, care în lipsa intervenției jurisprudențiale ar deveni excesiv de dificil de aplicat. Pe lângă aspectele prezentate în lucrare, de evidențiere și analiză a legăturii dintre cultura juridică și jurisprudență, consider că este necesar să revin, pentru un scurt moment, la principalul beneficiar al instrumentelor juridice descrise mai sus, întrucât pe care l-am introdus în narațiune la începutul lucrării. Ne-am putea întreba dacă între timp el a ajuns într-un eventual paradis juridic, deși realitățile actuale ale societății mai degrabă ne indică faptul că a rămas exact acolo unde l-am plasat ideatic, iar în raport de această amplasare a sa, este necesar să revalorizăm și să reconsiderăm cu mare atenție responsabilitatea pe care specialiștii dreptului, cei care formează cultura juridică internă o au față de publicul larg, față de cei cărora le sunt destinate legile. Dreptul este o manifestare a societății și ca atare toate trăsăturile sale sunt strâns legate de nevoile societății, aceasta comunicându-i-le autorității etatice, așa cum am arătat în acest studiu, pe calea unei comunicări materiale a dreptului, prin intermediul factorilor de configurare ai dreptului. Răspunsul autorității etatice concretizat prin adoptarea actelor normative trebuie fără îndoială ajustat prin decodificarea culturii juridice interne, utilizând instrumentele jurisprudenței și ale doctrinei, fiindcă altfel mesajul juridic care va reveni la emitentul din fluxul comunicării materiale va fi distorsionat, neinteligibil și cu siguranță va genera schimbări în conduita societății. Responsabilitatea specialiștilor dreptului este deci deosebit de importantă, aceștia având sarcina de a asigura transmiterea unui mesaj juridic clar și cert către destinatarii legii. În caz contrar, nu ar trebui să ne surprindă dacă într-o zi, într-un viitor mai mult sau mai puțin apropiat, urmașul justițiabilului pe care-l pomeneam la începutul lucrării, la rândul său pierdut în pădurea descrisă de Dante, va fi întâmpinat de un poet Virgiliu virtual, aparent uman, dar compus din algoritmi și subrutine, care să ofere răspunsuri seci, reci și logice și eventual să ofere și o lecție de istorie a dreptului amintind de timpurile în care zgomotul juridic era predominant în sistemul dreptului, când incertitudinea domnea și când factorul uman era preminent. Un asemenea viitor poate părea nereal, dar n-ar trebui să pierdem din vedere că în timp ce pentru specialistul dreptului, fie el practician sau teoretician analiza abstractizărilor și ficțiunilor juridice poate fi fascinantă, pentru justițiabil finalitatea concretă este cea care întotdeauna va fi relevantă.

PARTICULARITĂȚI ALE JURISPRUDENȚEI ÎN DREPTUL ROMÂNESC CONTEMPORAN

Particularities of Jurisprudence in Romanian Contemporary Law

Emilian CIONGARU*, Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU**

Rezumat: *Particularitățile jurisprudenței în dreptul românesc contemporan, determină schimbări majore de gândire și mentalitate în societatea românească. România, parte a Uniunii Europene, trebuie să se alinieze la sistemele de drept ale statelor membre, state care au ca izvor de drept jurisprudența aceasta fiind considerată, de principiu, izvor de drept. Jurisprudența națională și, mai ales, cea europeană și internațională, constituie un factor dinamizant, eficient și eficace al procedurilor de armonizare legislativă, de asimilare și implementare a dreptului european și internațional, și, numai puțin de optimizare a dreptului intern contemporan.*

Cuvinte-cheie: *Jurisprudență. Drept național. Drept european. Societate globală.*

Abstract: *The particularities of jurisprudence in contemporary Romanian law determine major changes of thinking and mentality in the Romanian society. Romania, a member of the European Union, must align itself with the legal systems of the Member States, which have as their source the law, which is, in principle, a source of law. National jurisprudence, and especially European and international law, is a dynamic, efficient and effective factor in the procedures of legislative harmonization, assimilation and implementation of European and international law, and only a little optimization of contemporary domestic law.*

Keywords: *Jurisprudence. National law. European law. Global Society.*

Noul drept românesc

Paradigma „Noul drept românesc” reprezintă un model distinct în evoluția jurisprudenței naționale, prin remodelarea întregului drept românesc, care tinde să fie integrat în așa zisul „Drept european”.

Conținutul principal al epocii contemporane este cel de globalizare a tuturor formelor vieții sociale, economice și implicit a sistemelor de drept, care converg spre un sistem unic, numit și sistem global.

Din această dublă perspectivă, dreptul românesc contemporan are o specificitate aparte.

Un element important pe care nu trebuie să fie neglijat este și facilitatea ne mai întâlnită în epocile anterioare, determinată de evoluția tehnicii și a tehnologiilor comunicaționale, care formează un „om nou”. Om, care este la curent cu orice informație în timp real indiferent de locul unde s-ar afla pe glob, iar informația poate fi verificată tot în timp real.

Se observă la acest moment apariția unor sisteme juridice transnaționale în care interculturalitatea, cu referire la cultura juridică în special, se aplatizează și totul este convergent cu globalizarea¹.

Noul Drept românesc are o particularitate determinată de apartenența României la Uniunea Europeană².

Dreptul european creează o jurisprudență total diferită de cea anterioară, dezvoltând apariția unui drept de tip nou. Dreptul actual este total diferit de dreptul din etapele istorico-sociale anterioare pe fondul reglementărilor care au alte valori etico-sociale într-o nouă paradigmă.

Aspecte particulare vizând jurisprudența

Ca știință a dreptului, *jurisprudența* fost creată de către jurisconșulți – *iuris prudentes, iuris consulti*, ca rezultat al interpretării dispozițiilor normative care erau cuprinse în legi având ca efect anumite soluții date, cu prilejul dezlegării unor cauze deduse judecării de către un organ de jurisdicție, prin interpretarea unor dispoziții prevăzute de legi sau de alte acte normative ori prin determinarea normelor juridice aplicabile cazurilor în lucru, cu ajutorul principiilor legislației aplicabile ori a principiilor generale ale dreptului.

Importanța rolului jurisprudenței în raport cu alte domenii ale gândirii, apare și ca un reflex în condițiile dezvoltării societății și apariției de noi situații și realități iar aceste noi situații nu puteau fi soluționate pe baza unor

* Prof. univ. dr. Universitatea Bioterra București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: emil_ciongaru@yahoo.com.

** Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române – Departamentul de Drept public „Vintilă Dongoroz”; Membru al Consiliului Baroului București; Membru în Comitetul Român pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii – Filiala Argeș de pe lângă Academia Română; e-mail: jfn_avocat@yahoo.com.

¹ Detalii din perspectiva muncii, în Gabriel – Ionuț Stoiciu, *Globalizare, Interculturalitate și reprezentări profesionale – contribuții la antropologia muncii*, Ed. Academiei Române, București, 2014.

² Aderarea României la Uniunea Europeană a avut loc la 1 ianuarie 2007.

texte adoptate cu secole în urma și ca urmare, jurisconsultii au găsit, în textele vechilor legi, mijloacele care printr-o detaliată interpretare să poată fi utilizate în scopul soluționării unor noi cauze deduse judecății.

Nu putem trata subiectul propus fără a aminti o lucrare clasică în literatura juridică națională³, în care autorul face vorbire pe rând de:

- „Rolul pretorian al Jurisprudenței”,
- „Jurisprudența creatoare de drept”
- „Jurisprudența sursă de drept”
- „cutumă jurisprudențială”
- „doctrină jurisprudențială”
- „drept jurisprudențial”
- „studiu de jurisprudență”
- „notă de jurisprudență”.⁴

Autorul considera în 1944 că jurisprudența era: „cântecul de leagăn al gândirii juridice actuale”.

Interesant este a sublinia, că literatura juridică din România are în lucrările dedicate dreptului, capitole importante care amintesc de jurisprudență. Facem această afirmație, deoarece în literatura juridică străină nu se regăsesc în lucrări, considerate de referință mențiuni referitoare la jurisprudență. Cităm în acest sens o lucrare amplă⁵ „Initiation Juridique” de Daniel Masse, apărută la Paris în 1924 în prestigioasa Editură Hachette, lucrare de referință care avea rolul de inițiere în științele juridice, dar în care nu se regăsește nici o mențiune privitoare la jurisprudență.

În România contemporană, jurisprudența este determinată de factori endogeni și exogeni într-un amalgam determinat de particularitățile apartenenței României la mai multe instituții și entități internaționale față de care există obligații asumate distinct, fiind prevăzute obligații în Constituție⁶.

Evoluția jurisprudenței în dreptul românesc

Particularitățile jurisprudenței în dreptul românesc pot fi analizate din mai multe perspective.

Din perspectivă istorică, conceptul de jurisprudență a avut o evoluție neunitară și sinuoasă pe teritoriul național în ultimii 150 de ani.

Amintim epoca marilor coduri din 1865 de influență europeană, urmată de perioada dreptului României Mari, pentru ca apoi să urmeze perioada enclavizării României, iar astăzi epoca globalizării determină apariția unor particularități.

Jurisprudența națională nu a avut în ultimii 150 de ani un drum drept și constant, confruntându-se cu numeroase derapaje în context geopolitic european și internațional⁷. Pe fondul evoluției dreptului intern, de la un drept regional/provincial – înainte de 1918, la un drept național, urmat de un drept profund marcat de elemente ideologice străine sufletului românesc, ca după 1989 să existe o tendință de restaurare a vechilor instituții de drept și de revenire la elementele de gândire juridică tradițională din perspectiva numită „Drept European”.

Una dintre cele mai importante voci ale doctrinei juridice europene interbelice, Prof. dr. Giorgio del Vecchio⁸, într-o captivantă lucrare „Criza științei Dreptului”⁹ face vorbire de „jus scriptum”, spunând că acesta cuprinde:

„Dreptul legiferat, și de asemenea dacă voim, colecții de cutume și *jurisprudență*”¹⁰...

O particularitate a Dreptului românesc contemporan care determină și o jurisprudență aparte, este dată de convergența tradițiilor dreptului național la confluența cu apartenența Statului Român la mai multe entități și instituții internaționale, care determină și stabilirea unei jurisprudențe complexe și aparent convergente.

România a aderat în anul 2004 la Organizația Tratatului Atlanticului de Nord (N.A.T.O.), după ce anterior a fost membră a Pactului de la Varșovia¹¹.

Aderarea României la Uniunea Europeană s-a făcut la 1 Ianuarie 2007.

Nu vom uita anul 1955 când Republica Populară Română devine membru cu drepturi depline a Organizației Națiunilor Unite (O.N.U.).

³ Mircea I. Manolescu, *Elogiul jurisprudenței*, Cenaclul Revistei Dreptul – Comunicarea I-a, București, 1944.

⁴ Pagina 9, lucrarea citată.

⁵ Peste 212 pagini.

⁶ Art. 11 – Dreptul internațional și dreptul intern: (1) Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce-i revin din tratatele la care este parte; (2) Tratatul ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern; (3) În cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției.

Art.20 – Tratatul internațional privind drepturile omului: (1) Dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte; (2) Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile.

⁷ Micu Gabriel, *European Construction*, Ed. Pro Universitaria, București, 2016, pp. 44-46.

⁸ Decan al Facultății de Drept din Roma.

⁹ Tipografia „Libertatea”, București, 1934.

¹⁰ P. 5, lucrarea citată.

¹¹ Între 1955 și 1991.

Doar ca să subliniem caracterul de particularitate al Dreptului național și implicit a jurisprudenței, amintim apartenența noastră în perioada interbelică la Societatea Națiunilor numită și Liga Națiunilor.

Vom aminti că parte din cultura juridică națională are ca și componentă și jurisprudența, așa cum sublinia Andrei Rădulescu:

„Altă formă a culturii noastre juridice este jurisprudența, al cărei rol este așa de important pentru aplicarea Dreptului¹²”.

Din perspectiva culturii juridice, același autor sublinia două aspecte:

„Din epoca Regulamentului Organic putem spune că avem o jurisprudență aproape în înțelesul pe care-l cunoaștem astăzi¹³”.

„După înființarea Curții de Casație la 1862, avem o jurisprudență în cel mai ales sens al cuvântului¹⁴”.

Andrei Rădulescu adăugând că jurisprudența românească este de calitate, este originală și sunt „strălucite dovezi despre ceea ce au făcut juriștii români”¹⁵.

Desigur, nu trebuie să ignorăm în studiul evoluției jurisprudenței particularitățile determinate de contextul social-politic și economic. În acest context, vom aminti că jurisprudența este „*oglinda gândirii sociale*” reflectată în Lege și în aplicarea legii¹⁶.

Jurisprudența afirmă rolul Justiției și implicit al democrației, afirmând valorile sociale fundamentale care rezultă din textul legii¹⁷.

Vom aminti pe linia tradiției studiilor științifice juridice românești, de existența unei publicații intitulate: „Revista critică de drept, legislație și jurisprudență” menționată în lucrarea „Câteva Examene Doctrinale¹⁸” a unui important doctrinar al Dreptului interbelic al veacului trecut.

Convenția Europeană a Drepturilor Omului și jurisprudența

Jurisprudența Statului Român în momentul de față este influențată în întregime de Convenția Europeană a Drepturilor Omului, convenție care face parte din dreptul intern.

Totodată jurisprudența din România va avea în vedere și dispozițiile din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, corelativ cu Tratatul privind Uniunea Europeană.

Astfel că putem afirma, extrapolând sintagma „ *judecătorul național, este judecător european*”, jurisprudența națională este jurisprudență europeană.

Un aport indiscutabil la formarea jurisprudenței îl are Curtea Constituțională a României, care a statuat în cadrul deciziilor pronunțate consacrarea principiilor de drept în raport de Constituție și de Directive ale Uniunii Europene.

Exemplificativ, două principii din domeniul Dreptului penal sunt aplicate din perspectiva drepturilor și libertăților persoanei, corelativ cu principiul dreptului la un proces echitabil și al prezumției de nevinovăție.

Dreptul la tăcere al persoanei cercetate, este proiecția principiilor din dreptul procesual penal al obligației celui care acuză să prezinte probele care stau la baza învinuirii¹⁹.

Jurisprudența CEDO cu privire la dreptul de apărare, într-o paradigmă modernă, privește și dreptul martorului, care are obligația de a depune mărturie, dar care poate fi asistat de un Avocat în procedurile judiciare, aspect care nu putea fi întâlnit anterior lui 1989 în România²⁰.

Am amintit, exemplificativ aceste două noi perspective jurisprudențiale, care au determinat analiza recentă a acestor instituții juridice, create de jurisprudență.

JURISPRUDENȚA – o posibilă definiție

În încercare de a defini Jurisprudența, din perspectiva celor care preced, putem spune că:

Jurisprudența definește, practica instanțelor judiciare în cadrul procedurilor aflate în fața instanțelor judecătorești, care determină unificarea aplicării Legii în scopul unei practici unitare.

Etimologia noțiunii de maximă generalitate, denumită „jurisprudență”, este la origine din limba latină. Subliniind cunoașterea dreptului prin aplicarea unitară a legii la situații identice sau asemănătoare. Fiind de fapt cunoașterea

¹² Andrei Rădulescu, *Cultura Juridică Românească* – extras din Pandectele Române nr. 1-3/1942, București, p. 6.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ *Ibidem*, p. 7.

¹⁶ Vom aminti trei lucrări ce confirmă afirmațiile noastre. (I) D. V. Barnoschi, *Originele Democrației Române*, „Cărvunarii” Constituția Moldovei de la 1822, Ed. Viața Românească, Iași, 1922; (II) Virgil Madgearu, *Românizarea vieții economice și utilizarea tineretului în Statul Național – Țărănesc*, Ed. Bucovina I.E. Toronțiu, București, 1937; (III) Victor Tufescu, *Rolul economic al României în cadrul Europei noi*, „Lucrările Institutului de Geografie al Universității Regele Ferdinand I, din Cluj, la Timișoara, 1942”.

¹⁷ Pe larg în Andrei Marga, *Justiție și Valoare*, Ed. Ratio et Revelatio, Oradea, 2017.

¹⁸ Alexandru Otetelișanu, *Advocat Doctor în Drept de la Paris*, Tipografia „Revista Copiilor și Tinerimei”, Str. Câmpineanu nr. 46, București, 1913.

¹⁹ Pe larg, Adrian Șandru, *Dreptul martorului de a nu se autoîncrimina. Dreptul la tăcere în procesul penal*, p. 122-141, în *Dreptul* nr. 4/2018.

²⁰ Pe larg, Adrian Șandru, *Dreptul martorului de a fi asistat de Avocat*, p. 121-132, în *Dreptul* nr. 1/2018.

modalității de interpretare a normei juridice în procesul de aplicare al legii, printr-o amplă generalizare a situațiilor de fapt, determinând alegerea unor elemente esențiale ale relațiilor sociale care sunt reglementate de norma juridică.

În loc de concluzii

Astăzi, mai mult decât oricând, problema jurisprudenței se pune în cadrul administrării Justiției din România, astfel că pe site-ul Consiliului Superior al Magistraturii sunt postate în capitole distincte²¹:

- „Jurisprudență națională”
- „Jurisprudență Uniunii Europene – Curtea de Justiție a Uniunii Europene”
- „Jurisprudență CEDO – Curtea Europeană a Drepturilor Omului”

Analizând particularitățile jurisprudenței din dreptul românesc contemporan, observăm existența unor elemente care conduc la europenizarea dreptului național, în care dreptul național se contopește cu un drept de tip nou, în care dispăre tradiția dreptului românesc.

Apariția acestei jurisprudențe noi, va determina la generațiile viitoare schimbări majore de mentalitate socială, pe fondul globalizării.

Jurisprudența contemporană va crea un alt sistem de valori etico-sociale care va determina o altă abordare a sistemului legislativ național.

²¹ Portalul de Jurisprudență.

CONTINUITATE ȘI DISCONTINUITATE ÎN JURISPRUDENȚA ROMÂNEASCĂ

Continuity and Discontinuity in Romanian Jurisprudence

Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU*, Emilian CIONGARU**

Rezumat: *Jurisprudența românească s-a dezvoltat în mod inegal, alternând între tradiție și inovație, între liniaritate și salturi de la un sistem de gândire juridică națională la unele inovații de moment.*

Salturile de la un sistem ideologic dominant, către un alt sistem de gândire ideologică, de la toleranță la intoleranță, au fost elemente care au marcat jurisprudența și implicit evoluția dreptului românesc.

Cuvinte-cheie: *Continuitate în jurisprudența națională. Jurisprudența și evoluția doctrinelor politice. Tradiție și inovație în evoluția marilor instituții de drept. Statul de drept.*

Abstract: *Romanian jurisprudence has developed unequally, alternating between tradition and innovation, between linearity and leaps from a system of national legal thinking to some moment innovations.*

The leaps from a dominant ideological system, to another system of ideological thinking, from tolerance to intolerance, were elements that marked the jurisprudence and implicitly the evolution of Romanian law.

Keywords: *Continuity in national jurisprudence, Jurisprudence and evolution of political doctrines, Tradition and innovation in the evolution of major law institutions, Rule of Law.*

ARGUMENTUM

Evoluția sau involuția sistemelor social – politice și economice din ultimii 150 de ani au determinat mutații esențiale în sistemul juridic românesc, implicit în jurisprudența instanțelor de pe teritoriul de astăzi al României.

O lucrare aproape uitată al unui autor interzis, Eugeniu Speranția, dublu licențiat – în drept și în filosofie – reprezentant de seamă al științei dreptului, susținea suprapunerea planurilor de continuitate și de discontinuitate, prin alternarea acestora.

Lucrarea se intitulează în mod semnificativ „Tradiția și rolul ei social”¹, și exprimă ideile propagate de cercul de juriști din jurul lui Dimitrie Gusti, care accentuau rolul sociologic în dezvoltarea dreptului.

„Anastomozate între ele, societățile își fac un perpetuu schimb (în măsuri variabile) cu substanțele (adică valorile) lor constitutive, cultivându-și fiecare la sine – speciile – împrumutate de la celelalte”².

Dezvoltarea inegală a jurisprudenței a fost analizată de mari juriști ai României, printre care și Vespasian Erbiceanu în lucrarea de referință (574 de pagini) „Tendențele noi în Drept – studii de drept civil și penal”³.

Opera juridică a lui Vespasian Erbiceanu⁴ este astăzi aproape uitată.

În Prefața la lucrarea mai sus amintită, autorul face o analiză profundă a evoluției sociale cu efecte în dreptul civil, întrezărind o nouă politică a dreptului⁵, iar privitor la dreptul penal avem modificări „mai largi și mai radicale”⁶.

În elaborarea lucrării, autorul s-a cantonat și asupra transformării „doctrinei și jurisprudenței dreptului civil și penal”⁷.

din unghiul valorilor juridice și sociologice, ca elemente de progres în gândirea juridică a începutului de veac XX, sub influența ideilor sociale avansate de la sfârșitul Secolului XIX din România.

Jurisprudența românească între tradiție și inovație

Societatea românească a cunoscut în domeniul jurisprudenței o evoluție contradictorie, caracterizată fiind de salturi și căderi social-politice și economice, care au influențat legislația și implicit interpretarea normei juridice în procesul de aplicare al legii.

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române – Departamentul de Drept public „Vintilă Dongoroz”; Membru al Consiliului Baroului București; Membru în Comitetul Român pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii – Filiala Argeș de pe lângă Academia Română; e-mail: jfn_avocat@yahoo.com.

** Prof. univ. dr. Universitatea Bioterra București; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: emil_ciongaru@yahoo.com.

¹ Eugeniu Speranția, *Tradiția și rolul ei social* (Studiu de sociologie biologică), Tipografia Beres Carol, Oradea, 1929.

² Eugeniu Speranția, *op. cit.*, p. 65.

³ Iași, 1906.

⁴ A fost membru corespondent al Academiei Române, Judecător de Instrucție pe lângă Tribunalul Iași, Prim – Președinte al Curții de Apel din Chișinău și Consilier la Înalta Curte de Casație și Justiție a României. A fondat la Chișinău publicația „Cuvântul dreptului”.

⁵ Pagina II, paragraful 2, opera citată.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Op. cit.*, p. III.

România datorită poziției sale geopolitice și geostrategice a fost inclusă în diverse „zone de interes” ale unor state numite „mari puteri”, care și-au delimitat „zonele de influență” incluzând și Țara noastră în alianțe, cu influență directă asupra aplicării legii, implicit a creării unei jurisprudențe mereu „noi”.

Punând față în față în față, lucrări din domeniul dreptului, din epoci diferite, vom vedea că bazele jurisprudenței au o încărcătură de natură ideologică, de multe ori a unor ideologii străine de sufletul românesc.

O analiză extrem de amănunțită, cu implicații pentru jurisprudență face Academicianul Andrei Rădulescu în discursul de recepție cu ocazia primirii ca membru al înaltului for științific național, la 3 iunie 1922, intitulat „Cultura juridică românească în ultimul secol”⁸.

O primă lucrare, pe care o supunem analizei noastre, pentru a demonstra cele afirmate, are ca an de apariție 1940, este: „Catalogul General al Cărților de drept, legislație și jurisprudență”⁹.

Menționându-se în Catalog, publicarea lucrării „Repertoriu de jurisprudență rezumată” cu soluțiile Înaltei Curți de Casație pe anii 1934-1939¹⁰.

Lucrările apărute până în 1940 au un caracter preponderent tradițional, care nu sunt ideologizate.

O a doua lucrare supusă analizei noastre, este Revista „Cercetări Juridice” Iulie – Septembrie 1943¹¹ apar unele studii care vor influența gândirea juridică, implicit jurisprudența. Exemplificativ: (I) Noua economie germană¹². (II) Evoluția legislației comerciale de război¹³. (III) Cronică germană¹⁴.

O a treia lucrare, supusă analizei este Revista „Justiția Nouă”¹⁵ din 1949, publica câteva studii „juridice”. (I) Dezvoltarea și cultivarea patriotismului sovietic este cea mai însemnată sarcină a juriștilor sovietici¹⁶. (II) Infrațiunile contrarevoluționare în dreptul sovietic¹⁷. (III) Caracterul de clasă al justiției¹⁸. Revista avea și o rubrică de Jurisprudență¹⁹.

Cele trei lucrări menționate în cele ce preced, demonstrează existența elementelor de discontinuitate în evoluția jurisprudenței naționale.

Vom aminti o comunicare științifică a academicianului Andrei Rădulescu, intitulată „Influența belgiană asupra dreptului român”²⁰ susținută la 13 Februarie 1931 la Academia Română.

Credem că am demonstrat influența factorului extern – care poate fi politic, economic, sau de altă natură – asupra ideilor care se concretizează în jurisprudența română și care pot fi de natură progresistă sau din contra.

Fiecare formațiune social economică și fiecare perioadă de conflicte sociale, determină schimbări profunde în jurisprudență, raportul dintre Justiție și valorile sociale fiind într-o permanentă schimbare. În paradigma „Justiție și Valorile”²¹, prof. Andrei Marga analizează „Sensul Justiției”²² ca formă fundamentală de manifestare a drepturilor fundamentale ale cetățenilor.

Revenirea României la sistemul democratic și al Statului de Drept, după evenimentele din 1989²³ are o influență și asupra jurisprudenței românești între continuitate și discontinuitate, prin raportarea întregului nostru sistem de drept la unele acte juridice internaționale cu caracter esențial în restructurarea Statului de Drept, aceste acte fiind:

- Convenția Europeană a Drepturilor Omului
- Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene
- Declarația Universală a Drepturilor Omului

alături de alte acte de juridice internaționale la care România a aderat²⁴.

În sistemul anglo-saxon, însă, jurisprudența și-a păstrat, tot timpul, rolul și forța sa ca izvor principal al dreptului, judecătorul îndeplinind funcția de autoritate ce stabilește regulile, iar sentințele instanțelor, constituie un precedent obligatoriu pentru viitor.

În sensul jurisprudenței ca izvor de drept, profesorul Mircea Djuvara relevă că²⁵, “o interpretare care duce la nedreptate nu este o interpretare bună, după cum o lege care duce la nedreptăți nu este o lege bună... dar, în atâtea și

⁸ Cultura Națională, București, 1923.

⁹ Librăria SOCEC, București, 1940.

¹⁰ Pagina 42, catalogul General.

¹¹ Anul III, București, 1943.

¹² Prof. Gh. N. Leon, p. 3 și urm. Conferință ținută la „Fundatia Carol I”.

¹³ Wladimir Petrovici, p. 31 și urm.

¹⁴ Mircea I. Goruneanu, p. 83 și urm.

¹⁵ Anul V, numerele 7-8, București, 1949.

¹⁶ V. M. Cihicvadze, p. 713 și urm.

¹⁷ Leonid Miler, p. 760 și urm.

¹⁸ A. Bratu, p. 807 și urm.

¹⁹ Fila 819 și urm.

²⁰ Imprimeria Națională, 1931, București.

²¹ Andrei Marga, *Justiția și Valorile*, Ed. Ratio et Revelatio, Oradea, 2017.

²² P. 42 și urm., lucrarea citată.

²³ Evenimente care au fost influențate de înțelegerile dintre unele state ale lumii.

²⁴ Micu Gabriel, *Ordinea juridică instituțională comunitară*, Ed. Paideia, București, 2007, pp. 361-365.

atâtea cazuri, judecătorul nu mai întâlnește o expresie clară a legii. Atunci el trebuie să constate mai întâi faptele, împrejurările sociale, aprecierile juridice din conștiința societății respective, să le constate cu toată rigoarea științifică și nu în mod arbitrar”.

Poziția internațională a Statului Român are influențe esențiale și în interpretarea normei juridice în procesul de aplicare al legilor și tratatelor și pactelor internaționale, ceea ce generează o jurisprudență diferită de cea anterioară, într-o dispută dintre nou și vechi, dintre continuitate și discontinuitate.

În loc de concluzii

Analiza obiectivă a celor ce preced, fac dificilă stabilirea elementelor de continuitate sau/și de discontinuitate în jurisprudența românească actuală.

Evoluția societății umane globale actuale, va confirma sau va infirma realitatea factorilor esențiali ai jurisprudenței.

Revenirea la valorile tradiționale ale dreptului românesc statornice, poate fi un element de continuitate.

Totodată într-o analiză realistă avem a vedea că jurisprudența românească este într-o continuă discontinuitate în ultimul pătrar de veac.

Revine științei dreptului să facă o analiză periodică a jurisprudenței prin raportare la valorile sociale fundamentale în evoluția societății umane, care are o dezvoltare accelerată față de epocile anterioare.

²⁵ Mircea Djuvara, *Teoria Generală a Dreptului (Enciclopedia Juridică). Drept Rațional, Izvoare și Drept Pozitiv*, ediție îngrijită de Marius Ioan, Ed. All, București, 1994, p. 286.

REFORMA ÎN DOMENIUL JUSTIȚIEI ȘI CALITATEA ACTULUI DE JUSTIȚIE – COMPONENTE NECESARE ALE PROGRESULUI SOCIAL. ASPECTE RELEVANTE ALE CONTENCIOSULUI CONSTITUȚIONAL

Justice Reform and Quality of The Act of Justice – Necessary Components of The Social Progress. Comments on Relevant Constitutional Litigation

Simona-Maya TEODOROIU*, Ionița COCHINȚU**

Rezumat: *Democrația constituțională, într-un stat de drept, nu este o abstracție, ci este o realitate a unui sistem în cadrul căruia supremația Constituției limitează suveranitatea legiuitorului, care, în procesul de creare a normelor juridice și de adoptare a unor acte normative trebuie să țină cont de anumite principii, cum sunt: principiul legalității – de rang constituțional și cu aplicabilitate generală, respectiv raportat la întreg cadrul normativ infra-constituțional; principiul accesului liber la justiție, principiul neretroactivității, principiul egalității și, nu în ultimul rând, principiul constituțional al preeminenței/priorității tratatelor internaționale privind drepturile omului și a tratatelor Uniunii Europene.*

Independența judecătorilor, definită sub două aspecte – funcțional și personal – presupune, pe de o parte, ca organele care judecă să nu aparțină executivului sau legislativului, iar, pe de altă parte, ca instanțele judecătorești să fie independente în exercitarea funcțiilor lor, să nu fie supuse ingerințelor din partea puterii legislative, puterii executive sau justițiabililor. Pe de altă parte (în ceea ce privește independența personală), se observă că aceasta vizează statutul care trebuie să i se asigure prin lege judecătorului. În principal, criteriile de apreciere a independenței personale sunt: modul de recrutare a judecătorilor, durata numirii, inamovibilitatea, colegialitatea, fixarea salariului judecătorilor prin lege, libertatea de expresie a judecătorilor și a dreptului de a forma organizații profesionale (menite să apere interesele lor profesionale), incompatibilitățile, interdicțiile, pregătirea continuă, motivarea hotărârilor, răspunderea judecătorilor.

Cu privire la toate aspectele mai-sus precizate există jurisprudență relevantă și consolidată a Curții Constituționale a României – în special în exercitarea controlului a priori de constituționalitate –, examinată, în componentele sale semnificative, în prezentul studiu.

Totodată, este și rămâne sarcina legiuitorului (primar ori delegat) aceea de a realiza echilibrul necesar între independența și responsabilitatea judecătorilor, în considerarea și respectarea dispozițiilor constituționale în materie, întrucât separația puterilor în stat nu înseamnă lipsa unui mecanism de control între puterile statului, dimpotrivă presupune existența unui control reciproc, precum și realizarea unui echilibru de forțe între acestea.

Cuvinte-cheie: *puterea judecătorească, reforma sistemului judiciar, independența judecătorilor (aspecte funcționale și personale), aspecte relevante privind contenciosul constituțional în materie.*

Abstract: *The constitutional democracy means, inter alia, that the State is organized according to the principle of separation and balance of powers – legislative, executive and judicial. Also, the legislator, through the approval and enforcement of the normative acts shall take into account the main rule of law' principles, including (but not limited to): the legality principle, as stated in the Constitution; the principle of free access to justice; the non-retroactivity of the normative provisions' principle (with its exceptions); the principle of equality, the principle of preeminence of international and European treaties.*

The problem of the independence of justice must be analyzed at least under two approaches: a functional approach and a personal/subjective one. Regarding the functional independence, it requires, on one hand, that the judiciary bodies do not belong to the executive or legislative, and, on the other hand, that the courts are independent in the exercise of their functions and they are not subject to interferences from the legislative power, the executive power or individuals. As for the other approach of the independence of judges – their personal, individual independence, it may be noticed that it is linked to their legal Statute and status. Mainly, the criteria for evaluating and ranking the personal independence are the following: the recruitment of judges, the length of the appointment, the removal from office, the collegiality, the legal provisions establishing their salaries, the freedom of expression of judges and their right to set up professional organizations (in order to defend their professional interests), the incompatibilities, the interdictions, the continuous training and last but not the least the responsibility of judges.

The inherent principle of separation of powers provides the judges the freedom to settle, only under the law, the cases with which they are vested, having the significance of the fact that judges cannot be subject to any interference

* Conf. univ. dr.; Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Judecător al Curții Constituționale a României; e-mail: simona_teodoroiu@yahoo.com.

** Doctor, Magistrat asistent, Curtea Constituțională a României.

from the other public authorities. Also, it includes both the obligation of judges to solve the cases only under the law, and on the other hand, the obligation of all the public authorities to refrain from any interference in the judicial activity.

All the above mentioned aspects are reflected in substantial and relevant jurisprudence of the Constitutional Court of Romania, mainly pronounced in a priori control of constitutionality, examined with this occasion.

Meanwhile, the legislator (the Parliament and the Government) shall accomplish its main constitutional duties in order to implement the necessary balance between the independence and the responsibility of judges, with the observance of the constitutional provisions in this field, and of the commitments assumed by Romania through the European and International treaties to which it is a party, as the separation of powers does not mean the lack of control mechanisms and tools between State powers and authorities, on contrary it involves the existence of a mutual control, as well as balance between the exercise of their duties.

Keywords: judicial power, justice reform, legal grounds for the functional and personal independence of magistrates, constitutional litigation on status of magistrates and relative aspects.

I. Introducere

Constituția României conține normele de referință ale organizării și funcționării puterilor în stat, precum și cu privire la mecanismele care să vegheze la respectarea Constituției și a supremației sale.

În cadrul democrației constituționale, statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor – legislativă, executivă și judecătorească¹. Însă, democrația constituțională, într-un stat de drept, nu este o abstracție, ci este o realitate a unui sistem în cadrul căruia supremația Constituției limitează suveranitatea legiuitorului², care, în procesul de creare a normelor juridice și de adoptare a unor acte normative trebuie să țină cont de anumite principii³, cum sunt: principiul legalității – de rang constituțional și cu aplicabilitate generală, respectiv raportat la întreg cadrul normativ infraconstituțional; principiul accesului liber la justiție, principiul neretroactivității, principiul egalității și, nu în ultimul rând, principiul preeminenței/priorității tratatelor internaționale privind drepturile omului și a dreptului Uniunii Europene prin prisma art. 11, art. 20 și art. 148 din Constituție⁴.

II. Consacrarea constituțională a puterii judecătorești

Referitor la puterea judecătorească⁵, Constituția României, la art. 126, precizează că „*justiția se realizează prin Înalta Curte de Casație și Justiție și prin celelalte instanțe judecătorești stabilite de lege*.”. De asemenea, potrivit art. 124 din Legea fundamentală, justiția se înfăptuiește în numele legii, este unică, imparțială și egală pentru toți, iar judecătorii sunt independenți și se supun numai legii.

Atât în doctrină⁶, cât și pe cale jurisprudențială⁷ s-a arătat că problema independenței justiției trebuie analizată sub două aspecte, respectiv funcțională și personală.

În ceea ce privește independența funcțională, aceasta presupune, pe de o parte, ca organele care judecă să nu aparțină executivului sau legislativului, iar, pe de altă parte, ca instanțele judecătorești să fie independente în exercitarea funcțiilor lor, să nu fie supuse ingerințelor din partea puterii legislative, puterii executive sau justițiabililor.

Principiul independenței justiției, consacrat de art. 124 alin. (3) din a României, derivă din separația puterilor în stat, din necesitatea existenței unui echilibru între autoritățile care exercită puterea în stat⁸. Acest principiu inerent⁹

¹ Art. 1 alin. (4) din Constituția României. Este de menționat faptul că autorității judecătorești îi este rezervat un capitol distinct în Constituția României, iar din autoritatea judecătorească fac parte: instanțele judecătorești, Ministerul Public și Consiliul Superior al Magistraturii.

² A se vedea I. Cochintu (în colaborare), *Democrația constituțională – între totalitarism și statul de drept. Cu referire specială la dreptul de proprietate*, în volumul *Jurisdicția Curții constituționale după 20 de ani de la căderea comunismului*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 95-101.

³ Desigur, cu respectarea domeniului de aplicare al statului de drept care cuprinde, printre altele, legalitatea – supremația dreptului, relația dintre dreptul internațional și dreptul intern, procedurile legislative, competențele de legiferare ale executivului, situațiile de urgență, actorii privați care exercită sarcini publice, securitatea juridică – accesibilitatea legislației și deciziile judiciare, previzibilitatea, stabilitatea și coerența, încrederea legitimă, principiul neretroactivității, principiul *nulla poena sine lege*, autoritatea de lucru judecat, prevenirea abuzurilor de putere, egalitatea în fața legii și nediscriminarea, precum și accesul la justiție – independența și imparțialitatea sistemului judiciar/judecătorilor, procesul echitabil, inclusiv eficacitatea hotărârilor judecătorești și autonomia organelor de urmărire penală – A se vedea, în acest sens, raportul Comisiei de la Veneția privind statul de drept (CDL-AD (2011)003rev) 2011, completat cu Lista detaliată privind statul de drept (CDL-AD (2016)007) 2016.

⁴ Cu privire la aceste aspecte, a se vedea <http://www.wccj2017.lt/en/4th-congress/questionnaire/25>.

⁵ A se vedea și Simona-Maya Teodoroiu și Ionița Cochintu, *Constitutional litigation and the judicial system in Romania – with special reference to the independence of the judiciary*, în *Almanach – Constitutional justice in the new millenium*, Yerevan, 2015, par.160-167 (ISSN 1829-0124); https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2883619/

⁶ Cu privire la principiul constituțional referitor la independența judecătorilor, a se vedea, pe larg, I. Muraru, E. Tănăsescu, *Constituția României, Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1221-1225.

⁷ Decizia CCR nr. 872 din 25 iunie 2010, publicată în M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010.

⁸ Decizia CCR nr. 360 din 12 decembrie 2002, publicată în M. Of. nr. 148 din 7 martie 2003.

⁹ Decizia CCR nr. 332 din 27 noiembrie 2001, publicată în M. Of. nr. 113 din 12 februarie 2002.

separației puterilor în stat le asigură judecătorilor libertatea de a soluționa, numai pe baza legii, cazurile cu care sunt învestiți, având semnificația faptului că judecătorii nu pot fi supuși nici unei ingerințe din partea celorlalte autorități publice. Totodată, din principiul independenței justiției decurge, pe de-o parte, obligația judecătorilor de a soluționa litigiile cu care sunt învestiți numai în baza legii, iar pe de altă parte, obligația tuturor autorităților publice de a se abține de la orice imixtiune în activitatea de judecată¹⁰.

În acest context trebuie menționat faptul că, referitor la controlul instanțelor superioare, respectiv controlul judiciar ce se exercită de către instanțele care soluționează căile de atac asupra instanțelor care au pronunțat hotărârile atacate, Curtea Constituțională a considerat că aceasta nu reprezintă o limitare a independenței justiției, deoarece controlul judiciar este întotdeauna posterior, nefiind posibil să-l influențeze pe judecătorul care a pronunțat hotărârea supusă controlului judiciar¹¹. Îndrumările date de instanța de recurs sau de apel sunt obligatorii pentru judecătorii fondului, numai în privința rezolvărilor de drept, precum și în privința necesității administrării unor probe, iar aceste îndrumări sunt date în cadrul activității cu caracter jurisdicțional a instanțelor de apel sau de recurs, pe cale de hotărâri pronunțate în urma dezbaterilor contradictorii, și nu au nimic comun cu situația nepermisă când, pe cale administrativă, ierarhică, un judecător ar primi indicații asupra modului în care trebuie să judece un anumit proces¹².

Pe de altă parte, Curtea a reținut că „în toate legislațiile se admite intervenția instanțelor superioare în cadrul sistemului căilor de atac, aceasta neîncălucând principiul independenței justiției”¹³, sens în care este și jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului referitoare la noțiunea de „*instanță independentă*”, cuprinsă în art. 6 paragraful 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale¹⁴.

De altfel, instituția controlului judiciar își găsește reazemul constituțional în dispozițiile art. 129 din Legea fundamentală a României, potrivit căreia, „*Împotriva hotărârilor judecătorești, părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii*”¹⁵.

În ceea ce privește independența personală, se observă că aceasta vizează „*statutul care trebuie să i se asigure prin lege judecătorului*”¹⁶. În principal, criteriile de apreciere a independenței personale sunt: modul de recrutare a judecătorilor, durata numirii, inamovibilitatea, colegialitatea, fixarea salariului judecătorilor prin lege, libertatea de expresie a judecătorilor și a dreptului de a forma organizații profesionale (menite să apere interesele lor profesionale), incompatibilitățile, interdicțiile, pregătirea continuă, motivarea hotărârilor, răspunderea judecătorilor¹⁷.

La baza stabilirii acestor criterii stau anumite prevederi constituționale și documente internaționale care vizează independența justiției. Astfel, avem în vedere dispozițiile art. 125 din Constituția României, care prevăd că „*Judecătorii numiți de Președintele României sunt inamovibili, în condițiile legii. Propunerile de numire, precum și promovarea, transferarea și sancționarea judecătorilor sunt de competența Consiliului Superior al Magistraturii, în condițiile legii sale organice. Funcția de judecător este incompatibilă cu orice altă funcție publică sau privată, cu excepția funcțiilor didactice din învățământul superior*”.

Totodată, trebuie menționate și „*Principiile fundamentale privind independența magistraturii*”, adoptate de cel de-al VII-lea Congres al Națiunilor Unite pentru prevenirea crimei și tratamentul delincvenților (Milano, 26 august — 6 septembrie 1985) și confirmate de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite prin rezoluțiile nr. 40/32 din 29 noiembrie 1985 și nr. 40/146 din 13 decembrie 1985, care statuează în mod expres prin art. 11 că „*durata mandatului judecătorilor, independența acestora, siguranța lor, remunerația corespunzătoare, condițiile de muncă, pensiile și vârsta de pensionare sunt în mod adecvat garantate prin lege*”.

În același sens este și „*Recomandarea nr. R (94) 12 cu privire la independența, eficacitatea și rolul judecătorilor*”, adoptată la 13 octombrie 1994 de Comitetul Miniștrilor al Consiliului Europei, care a subliniat importanța independenței judecătorilor în scopul întăririi preeminenței dreptului în statele democratice și în considerarea art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și a „*Principiilor fundamentale [ale Organizației Națiunilor Unite] privind independența magistraturii*” și a stabilit, printre alte importante măsuri pe care statele membre urmează să le adopte, și pe aceea „*de a veghea ca statutul și remunerația judecătorilor să fie pe măsura demnității profesiei lor și a responsabilităților pe care și le asumă*”. De menționat este și din „*Carta europeană privind statutul judecătorilor*”, adoptată în anul 1998, care [la art. 6.4] prevede că „*În mod special, statutul garantează judecătorului sau judecătorei care a împlinit vârsta legală pentru încetarea funcției, după ce a exercitat-o ca profesie o perioadă determinată, plata unei pensii al cărei nivel trebuie să fie cât mai apropiat posibil de acela al ultimei remunerații primite pentru activitatea jurisdicțională*”.

¹⁰ Decizia CCR nr. 360 din 12 decembrie 2002, precitată.

¹¹ *Idem*.

¹² Decizia CCR nr. 332 din 27 noiembrie 2001, precitată.

¹³ Decizia CCR nr. 26 din 18 ianuarie 2011, publicată în M. Of. nr. 113 din 14 februarie 2011.

¹⁴ Cauza *Pretto și alții contra Italiei*, 1983.

¹⁵ Decizia CCR nr. 26 din 18 ianuarie 2011, precitată.

¹⁶ *Idem*, I. Muraru, E. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 1223.

¹⁷ Decizia CCR nr. 872 din 25 iunie 2010, precitată.

Din examinarea documentelor internaționale menționate mai sus, instanța de contencios constituțional a reținut¹⁸ preocuparea organismelor care le-au adoptat de a se promova independența și imparțialitatea judecătorilor, ținând seama că judecătorii se pronunță asupra vieții, libertăților, drepturilor, îndatoririlor și bunurilor cetățenilor. În acest context, o importanță deosebită o au măsurile preconizate pentru asigurarea unui statut, a unei remunerații și a pensiei adecvate pentru magistrați, precum și a garantării prin lege a acestora.

În toate aceste documente, principiile și măsurile stabilite cu privire la statutul și drepturile magistraților sunt puse în relație directă cu prevederile art. 10 din Declarația Universală a Drepturilor Omului și cu cele ale art. 6 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, referitoare la *dreptul fundamental al oricărei persoane de a fi judecată de un tribunal competent, independent și imparțial, stabilit prin lege*.

Tot pe cale jurisprudențială s-a reținut că rațiunile pe care se întemeiază prevederile din actele internaționale (...) se află în convergență cu dispozițiile constituționale conform cărora „*Judecătorii sunt independenți și se supun numai legii*”. Într-adevăr, aceste dispoziții constituționale nu au un caracter declarativ, ci constituie norme constituționale obligatorii pentru Parlament, care are îndatorirea de a legifera instituirea unor mecanisme corespunzătoare de asigurare reală a independenței judecătorilor, fără de care nu se poate concepe existența statului de drept¹⁹.

III. Reforma în domeniul justiției, respectiv crearea unui sistem judiciar independent, imparțial, credibil și eficient, precum și calitatea actului de justiție, strâns legată de măsurile legislative și instituționale adecvate, în domeniul, reprezintă componente necesare ale progresului social

Reforma sistemului judiciar român – cu precădere după adoptarea Constituției din 1991 și revizuirea acesteia din anul 2003, în strânsă corelare cu cerințele aderării la Uniunea Europeană și ale transpunerii acquis-ului european –, a devenit o parte componentă a reformei de ansamblu a societății, scopul fiind crearea unui sistem judiciar independent, imparțial, credibil și eficient, astfel că printre actele normative semnificative, adoptate în acest sens și care au fost supuse controlului de constituționalitate *a priori*, s-a regăsit și Legea²⁰ privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente. Cu acea ocazie²¹, Curtea, printre altele, a analizat următoarele aspecte: mandatul judecătorilor în funcție ai Înaltei Curți de Casație și Justiție, constatând neconstituționalitate dispozițiilor legale a căror aplicare ar fi determinat pensionarea forțată a magistraților la împlinirea vârstei standard de pensionare din sistemul public, dar și înlăturarea din funcție a magistraților, chiar dacă nu îndeplineau toate condițiile de pensionare, dar împliniseră vârsta respectivă; încetarea sau, respectiv, scurtarea tuturor mandatelor de conducere în curs de exercitare, – ocazie cu care a statuat²² că legiuitorul este liber să redimensioneze, printr-o lege nouă, durata mandatelor funcțiilor de conducere în alt fel decât legea în vigoare, dar numai pentru viitor, nu și pentru mandatele în curs, altfel ar însemna să nesocotească regula neretroactivității legii, care este normă de nivel constituțional, prevăzută în art. 15 alin. (2) din Legea fundamentală²³; obligația Consiliului Superior al Magistraturii de a prezenta Parlamentului anual un raport asupra stării justiției și asupra activității sale proprii – prevederi legale considerate a da expresie principiului separației și echilibrului puterilor în stat, consacrat de art. 1 alin. (4) din Constituție, care presupune și colaborarea și informarea reciprocă între puterile publice. Cu altă ocazie, pronunțându-se în controlul de constituționalitate *a priori*, Curtea a declarat neconstituționale prevederile legale care ar fi eliminat pensia de serviciu a magistraților, care reprezintă o compensație a absenței unor drepturi fundamentale, cum sunt drepturile exclusiv politice²⁴ sau drepturi social-economice²⁵, precum și a incompatibilităților stabilite la nivel constituțional și legal pe parcursul întregii lor cariere profesionale.

Totodată, legile care au modificat, în urma unui lung și complex proces legislativ, desfășurat în cursul anilor 2017 și 2018, cele trei legi fundamentale ale sistemului judiciar (Legile nr. 303/2004, nr. 304/2004 și nr. 317/2004)²⁶, **au format obiectul controlului de constituționalitate *a priori*, fiind avute în vedere anumite considerente care au condus fie la respingerea obiectelor de neconstituționalitate, fie la admiterea acestora.**

¹⁸ Decizia CCR nr. 20 din 2 februarie 2000, publicată în M. Of. nr. 72 din 18 februarie 2000.

¹⁹ Decizia CCR nr. 20 din 2 februarie 2000, precitată.

²⁰ Legea nr. 247/2005 privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, publicată în M. Of. nr. 653 din 22 iulie 2005.

²¹ În acest sens a fost pronunțată Decizia Curții Constituționale nr. 375 din 6 iulie 2005 referitoare la sesizările de neconstituționalitate a Legii privind reforma în domeniile proprietății și justiției, precum și unele măsuri adiacente, publicată în M. Of. nr. 591 din 8 iulie 2005.

²² Aspecte reținute în considerentele Deciziei nr. 375/2005.

²³ Potrivit art. 15 alin. (2) din Constituția României, „*Legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile*”.

²⁴ Spre exemplu, dreptul de a fi aleși în Camera Deputaților, Senat, în funcția de Președinte al României ori în organele administrației locale, precum și dreptul de a fi aleși în Parlamentul României.

²⁵ Spre exemplu, dreptul la negocieri colective în materie de muncă, dreptul la grevă, libertatea economică.

²⁶ Legea nr. 242/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, Legea nr. 207/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară și Legea nr. 234/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii.

Astfel, în ceea ce privește alegerea **președintelui Consiliului Superior al Magistraturii**: în esență, Curtea Constituțională²⁷ a constatat ca noile dispoziții legale referitoare la alegerea președintelui CSM încălcau prevederile constituționale privind rolul și structura CSM (art. 133); s-a arătat că, în actualul cadru constituțional, judecătorii și procurorii, în calitate de membri aleși ai CSM, au vocație egală sub aspectul eligibilității fie în calitate de președinte, fie în calitate de vicepreședinte al Consiliului. **În ce privește numirea în funcțiile de președinte/vicepreședinte al ICCJ**, Curtea a arătat, în esență, că este constituțional textul de lege potrivit căruia numirea în funcțiile de președinte/vicepreședinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție (ÎCCJ) se va face de către CSM, nu de către Președintele României, aceasta întrucât acestuia de a promova judecătorii, respectiv de a-i numi în funcțiile de președinte și vicepreședinte al Înaltei Curți de Casație și Justiție, încalcă competența constituțională a Consiliului Superior al Magistraturii – ca garant al independenței justiției, de a dispune promovarea în funcție a judecătorilor, textul respectiv fiind neconstituțional. Referitor la **numirea procurorilor în unele funcții de conducere**, Curtea a arătat ca este constituțional textul care reglementează dreptul Președintelui României de a refuza o singură dată propunerea ministrului justiției, cu avizul consultativ al Secției de Procurori a CSM, de numire a unui procuror în funcția de conducere respectivă, ținând cont și de rolul constituțional al ministrului justiției în raport cu procurorii (procurorii își desfășoară activitatea sub autoritatea ministrului justiției, potrivit art. 132 alin. (1) din Constituție), iar Președintelui conferindu-i-se atribuția de numire în considerarea solemnității actului și a necesității existenței unei conlucrări și consultări permanente în cadrul executivului bicefal (format din Președinte și Guvern).

Cu privire la promovarea judecătorilor atât în funcții de execuție, cât și în funcții de conducere²⁸, Curtea a reținut că art. 125 alin. (2) din Constituție este univoc și oferă o unică soluție normativă în privința autorității competente să dispună promovarea judecătorilor în funcții de conducere, fără a face distincție în funcție de ierarhia instanțelor judecătorești. Promovarea judecătorilor are un dublu înțeles, respectiv de dobândire a unei funcții de execuție de nivel superior în ierarhia instanțelor judecătorești (grade profesionale de tribunal/curte de apel sau de Înalta Curte de Casație și Justiție) sau a unei funcții de conducere (președinte/ vicepreședinte/președinte de secție), în ambele cazuri judecătorul avansând în carieră. Coroborând art. 125 alin. (2) și art. 134 alin. (1) din Constituție, Curtea a constatat că promovarea judecătorilor atât în funcții de execuție, cât și în funcții de conducere se realizează de Consiliul Superior al Magistraturii. În ceea ce privește **detașarea judecărilor/procurorilor de pe postul pe care ei funcționează pe un alt post**, Curtea a arătat că ea nu se poate face decât în sistemul instanțelor judecătorești/parchetelor după caz, precum și la instituțiile sistemului judiciar, anume Ministerul Justiției, Consiliul Superior al Magistraturii, INM, ȘNG, dar nu și la alte autorități publice²⁹.

Curtea a respins criticile de neconstituționalitate privind **crearea unei noi secții în cadrul PÎCCJ – Secția pentru investigarea infracțiunilor din justiție**, care urma să preia din competența unei structuri deja existente – DNA, cercetarea infracțiunilor de corupție, a celor asimilate și în legătură cu acestea, comise de judecători, procurori, membri CSM. S-a arătat că normele privind structura instanțelor și a parchetelor intră în competența de reglementare a legiuitorului și corespund competenței sale constituționale de legiferare în domeniul organizării judiciare.

Curtea a constatat că sunt neconstituționale prevederile legale care permiteau **încadrarea unor persoane din afara sistemului judiciar, foști judecători care își încetaseră activitatea din motive neimputabile lor, pentru a redacta proiectele de hotărâri judecătorești, pronunțate de instanțele ordinare**. În acord cu jurisprudența CEDO și art. 6 al Convenției, Curtea a precizat că motivarea hotărârii judecătorești nu poate fi încredințată altei persoane, fiind un act inerent funcției judecătorului cauzei respective.

Pe de altă parte, Curtea a constatat a fi constituționale o serie de prevederi referitoare la **creșterea numărului de judecători care compun completele de judecată în unele materii**, spre ex., la compunerea completelor de judecată³⁰. S-a arătat că nu poate fi censurată, pe această cale, opțiunea legiuitorului de a crește numărul de judecători în completele respective sau de a realiza sau nu un studiu de impact cu privire la resursele necesare aplicării acestor prevederi.

Un aspect aparte desprins din jurisprudența recentă a CCR a fost reprezentat de **definiția erorii judiciare**; a fost nevoie de două decizii succesive ale Curții, cu privire la acest text, până când a fost identificată de către legiuitor o formula considerată apoi de Curte ca fiind corespunzătoare textelor constituționale. În esență, **Deciziile CCR nr. 45/2018 și 417/2018** arată că eroarea judiciară și dezdăunarea persoanei nu trebuie condiționate de existența unei abateri disciplinare a judecătorului/procurorului. Acțiunea în regres a statului împotriva magistratului respectiv poate fi însă exercitată numai dacă magistratul a acționat cu rea-credință ori gravă neglijență.

²⁷ Decizia Curții Constituționale nr. 61 din 13 februarie 2018, publicată în M. Of. nr. 204 din 6 martie 2018.

²⁸ Decizia CCR nr. 45 din 30 ianuarie 2018, publicată în M. Of. nr. 199 din 5 martie 2018.

²⁹ Totuși, în opinia separată la această decizie, formulată de unul dintre co-autorii prezentului studiu s-a arătat, în esență, că extrapolarea, prin respectiva Decizie a Curții Constituționale, a prevederilor art. 125 alin. (3) din Constituție și art. 132 alin. (2) din Constituție, la ansamblul dispozițiilor care privesc autoritatea judecătorească – așadar și la alte activități care pot fi desfășurate în exercitarea altor funcții circumscrise acestei autorități –, conduce la o reglementare excesiv de restrictivă, a materiei incompatibilităților acestor profesii.

³⁰ Spre exemplu, prevederea potrivit căreia la ICCJ urmează să se formeze complete de 2 judecători în loc de un singur judecător, pentru completele care soluționează contestațiile împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorii de drepturi și libertăți și cei de cameră preliminară, de la instanțele inferioare – Curțile de apel și Curtea militara de apel.

Curtea a arătat că este constituțional textul care instituie **obligația judecătorilor de a lua decizii fără niciun fel de restricții, influențe, presiuni, amenințări sau intervenții**, directe sau indirecte, din partea autorităților judiciare, el fiind formulat în mod clar, precis și previzibil. Totodată, s-a precizat ca **nu este permis judecătorului sau procurorului să abandoneze echidistanța de care trebuie să dea dovadă în redactarea actelor judiciare**; independența justiției nu înseamnă o libertate absolută a judecătorului de a se exprima sau manifesta după criterii arbitrare, ci cu respectarea obligației sale de rezerva (în același sens fiind și jurisprudența CEDO).

Pe de altă parte, Curtea a reținut că accesul la dosarele instanțelor judecătorești, precum și la informațiile cuprinse în acestea trebuie să păstreze un just echilibru între nevoia publicului de informare și protecția pe care statul o datorează fiecărei persoane în parte sub aspectul vieții sale intime, familiale și private. Prin urmare, Curtea a fost declarat neconstituțional textul proiectului de lege care a calificat ca atare, ca fiind informații de interes public, informațiile care privesc procedurile judiciare (cu excepția celor pentru care Codul de procedură penală prevede caracterul nepublic), ele contravenind art. 1 alin. (3) privind statul de drept, art. 26 alin. (1) din Constituție referitor la obligația autorităților publice de a respecta și ocroti viața intimă, familială și privată și art. 49 privind protecția tinerilor, cu referire specială la regimul minorilor.

IV. Concluzii

În încercarea de a aborda doar câteva dintre multiplele aspecte esențiale privind funcționarea sistemului judiciar și statutul magistraților, astfel cum au fost sintetizate de jurisprudența relevantă a Curții Constituționale a României, se poate sublinia, o dată în plus, că justiția este o prerogativă care aparține statului și se realizează prin organele sale specializate, prevăzute de lege³¹, iar independența judecătorului înseamnă în primul rând înlăturarea oricărei posibilități de influențare din exterior, acesta trebuind să se supună numai legii³², astfel că, în activitatea de judecată, instanțele, respectiv judecătorii nu sunt independenți față de lege³³.

Totodată, trebuie remarcat că, astfel cum a reținut instanța de contencios constituțional în jurisprudența sa, principiul constituțional al independenței judecătorilor implică, în mod necesar, un alt principiu, cel al *responsabilității, întrucât independența judecătorului nu constituie și nu poate fi interpretată ca o putere discreționară a acestuia sau o piedică în calea angajării răspunderii sale în condițiile legii, indiferent că este vorba despre răspundere penală, civilă sau disciplinară*³⁴.

Or, este sarcina legiuitorului de a realiza echilibrul necesar între independența și responsabilitatea judecătorilor, cu respectarea dispozițiilor constituționale în materie și a angajamentelor pe care România și le-a asumat prin tratatele la care este parte³⁵, întrucât, separația puterilor în stat nu înseamnă lipsa unui mecanism de control între puterile statului, dimpotrivă presupune existența unui control reciproc, precum și realizarea unui echilibru de forțe între acestea³⁶.

³¹ Decizia CCR nr. 50 din 13 ianuarie 2009, publicată în M. Of. nr. 112 din 25 februarie 2009.

³² I. Vida, Conferința Șefilor de Instituții A.C.C.P.U.F. cu tema „Independența judecătorilor și a jurisdicțiilor”, București, 2005.

³³ *Idem*, I. Muraru, E. Tănăsescu, *op. cit.*, p. 1223.

³⁴ Decizia CCR nr. 2 din 11 ianuarie 2012, publicată în M. Of. nr. 131 din 23 februarie 2012.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Decizia CCR nr. 637 din 3 octombrie 2006, publicată în M. Of. nr. 914 din 9 noiembrie 2006.

ROLUL JURISPRUDENȚEI REFERITOARE LA APLICAREA PRINCIPIULUI CONSTITUȚIONAL AL EGALITĂȚII ÎN DREPTURI ÎN DEZVOLTAREA NOULUI DREPT ROMÂN

The Role of Jurisprudence Regarding The Application of The Constitutional Principle of Equal Rights in The Development of The New Romanian Law

Nicolae PAVEL*

Rezumat: Acest studiu are următorul titlu: Rolul jurisprudenței referitoare la aplicarea principiului constituțional al egalității în drepturi în dezvoltarea noului drept român. Folosind o Schemă – Cheie sunt analizate succesiv următoarele părți ale studiului, denumite: 1. Preambul. 2. Identificarea reglementărilor constituționale referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi în sistemul constituțional român – aspecte selective. 3. Repere doctrinare române referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi. 4. Repere jurisprudențiale referitoare la aplicarea principiului constituțional al egalității în drepturi, în deciziile Curții Constituționale a României. 5. Concluzii.

Cuvinte-cheie: egalitatea în drepturi, constituțiile române, repere doctrinare, decizii Curtea constituțională.

Abstract: This study has the following title: Role of jurisprudence on the application of the constitutional principle of equality of rights in the development of the new Romanian law.

Using a Key Scheme, the following parts of the study are analyzed successively: 1. Preamble. 2. Identification of constitutional regulations regarding the constitutional principle of equal rights in the Romanian constitutional system – selective aspects. 3. Romanian Doctrinal References on the Constitutional Principle of Equality in Rights. 4. Judicial references regarding the application of the constitutional principle of equality of rights in the decisions of the Constitutional Court of Romania. 5. Conclusions.

Keywords: equality of rights, Romanian constitutions, doctrinal references, Constitutional Court decisions.

1. Preambul

Obiectul de studiu al demersului științific va fi circumscris analizei științifice a celor patru mari părți ale acestuia respectiv: 1. Identificarea reglementărilor constituționale referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi în sistemul constituțional român – aspecte selective. 2. Repere doctrinare române referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi. 3. Repere jurisprudențiale referitoare la aplicarea principiului constituțional al egalității în drepturi, în deciziile Curții Constituționale a României. 4. Concluzii.

Ceea ce ni se pare relevant a evidenția pentru studiul de față, este abordarea reglementărilor referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi în sistemul constituțional începând cu primul document cu valoare constituțională, respectiv *Statutul dezvoltător al Convenției de la Paris din 7/18 august 1858* și până astăzi, respectiv *Constituția României din 2003, forma republicată a Constituției României din 1991*.

Având în vedere tratarea acestui subiect generos de studiu de peste 145 de ani de evoluție constituțională a reglementărilor privind *aplicarea principului constituțional al egalității în drepturi* în România se impune să precizăm, încă din faza de debut, *necesitatea abordării diacronice a acestui subiect* prin identificarea tuturor Constituțiilor Române care au reglementat regimul constituțional în această perioadă.

Mai mult, trebuie să precizăm că în perioada menționată, România a trecut prin mai multe forme de guvernământ, respectiv, monarhie, republică populară, republică socialistă și republică semi-prezidențială.

Pentru acoperirea integrală dar nu exhaustivă a domeniului de studiu, sunt prezentate selectiv repere doctrinare și jurisprudențiale referitoare la *aplicarea principului constituțional al egalității în drepturi*.

De asemenea, se impune să menționăm, că jurisprudența Curții Constituționale a României, a contribuit la constituționalizarea principiului egalității în drepturi, chiar de la înființarea acesteia.

Așa cum rezultă din cercetarea bibliografică efectuată, *egalitatea în drepturi* este nouă în formularea ei, dar, nu este nouă în existența sa. Pornind de la această axiomă, și, parafrazându-l pe K. Mbaye¹ putem afirma că: „Istoria egalității în drepturi se confundă cu istoria oamenilor”.

Prin această abordare, studiul propus deschide o viziune complexă și completă, dar nu exhaustivă în sfera actuală privind egalitatea în drepturi.

* Conf. univ. dr., Facultatea de Științe Juridice Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret” București; Cercetător științific asociat, Institutul de Certări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: nicolaepavel0@yahoo.com.

¹ Baye K. M., *Les droits de l'homme en Afrique*, Manuel UNESCO, A. Pedone, Paris, 2002, p. 651.

În opinia noastră, domeniului studiat este important pentru doctrina constituțională, pentru doctrina dreptului parlamentar, pentru doctrina dreptului comparat, pentru teoria generală a dreptului, pentru activitatea legislativă de elaborare a actelor normative, pentru tehnica legislativă, precum și, pentru activitatea de cercetare în domeniul acoperit de tematica studiului.

Chiar dacă reglementarea și teoretizarea egalității în drepturi, se întoarce în timp la primele constituții scrise din România, interesul teoretic pentru reluarea ei este determinat de faptul că în literatura de specialitate deja existentă, nu totdeauna s-a acordat atenție suficientă celor trei aspecte, normative, teoretice și jurisprudențiale privind *egalitatea în drepturi*, analizate în cuprinsul studiului.

2. Identificarea reglementărilor constituționale referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi în sistemul constituțional român – aspecte selective.

1.1. Statutul dezvoltător al Convenției de la Paris din 7/9 august 1858²

O discuție aparte se impune a fi făcută în legătură cu *Statutul dezvoltător al Convenției din 7/19 august 1858*. Statutul, în opinia noastră, *Statutul* poate fi considerat o Constituție, având în vedere prevederile art. XVII care stabilesc că: „Toți funcționarii publici, fără excepțiune, la intrarea lor în funcțiune, *sunt datori a jura supunere Constituțiunii și legilor țării și credință Domnului*”.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Statutului rezultă că acesta nu conține nici o reglementare privind *egalitatea în drepturi*.

1.2. Constituția română adoptată la 29 iunie 1866³

Trebuie să precizăm că Legea fundamentală a Belgiei din anul 1831 a constituit un izvor de inspirație pentru constituțiile altor state printre care menționăm și Constituția română adoptată la 29 iunie 1866.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 10 al Titlului II, intitulat *Despre drepturile românilor*, consacră următorul principiu fundamental referitor la *egalitatea înaintea legii*, sub următoarea formulare: „Nu există în Stat nici o deosebire de clasă. Toți Românii sunt egali înaintea legii și datori a contribui fără deosebire la dările și sarcinile publice”.

1.3. Constituția României din 29 martie 1923⁴

În partea de debut se impune să precizăm că Legea fundamentală a României din anul 1866, a rămas în vigoare 57 de ani, perioadă în care sau produs transformări economice și politice importante.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 8 alin. (2) al Titlului II, intitulat *Despre drepturile românilor*, consacră următorul principiu fundamental: „Toți Românii, fără deosebire de origine etnică, de limbă sau de religie, sunt egali înaintea legii și datori a contribui fără deosebire la dările și sarcinile publice”.

1.4. Constituția României din 28 Februarie 1938⁵

În partea introductivă se impune să precizăm că Legea fundamentală a României din anul 1923, a rămas în vigoare 15 ani.

În condițiile istorice ale anului 1938, noul Proiect de Constituție a fost supus plebiscitului la 24 februarie 1938. Constituția este promulgată și a fost publicată în M. Of. nr. 48 din 27 martie 1938.

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 5 alin. (1) Capitolului I al Titlului II, intitulat *Despre datoriile Românilor*, consacră următorul principiu fundamental referitor la *egalitatea înaintea legii*, sub următoarea formulare: „Toți cetățenii români, fără deosebire de origine etnică și credință religioasă, sunt egali înaintea legii, datorându-i respect și supunere”.

1.5. Constituția din 13 aprilie 1948⁶

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 16 Titlului III, intitulat *Drepturile și îndatoririle fundamentale ale cetățenilor*, consacră următorul principiu fundamental referitor la *egalitatea în fața legii*, sub următoarea formulare: „Toți cetățenii Republicii Populare Române, fără deosebire de sex, naționalitate, rasă, religie sau grad de cultură sunt egali în fața legii”.

1.6. Constituția din 24 septembrie 1952⁷

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 81 al Capitolului VII intitulat *Drepturile și datoriile fundamentale ale cetățenilor*, consacră *principiul deplinei egalități de drepturi*, sub următoarea formulare: „Oamenilor muncii, cetățeni ai Republicii Populare Române, fără deosebire de naționalitatea sau rasă le este asigurată deplina egalitatea de drepturi în toate domeniile vieții economice, politice și culturale”.

² Muraru I., Iancu G., *Constituțiile române, Texte, Note. Prezentare comparativă*, Ed. Actami, București, 2000, pp. 7-27.

³ *Ibidem*, pp. 29-60.

⁴ *Ibidem*, pp. 61-92.

⁵ *Ibidem*, op. cit., 93-119.

⁶ *Ibidem*, op. cit., 123-139.

⁷ *Ibidem*, op. cit., p. 143-166.

1.7. Constituția din 21 august 1965, republicată⁸

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 17 alin. (1) al Titlului II intitulat *Drepturile și datoriile fundamentale ale cetățenilor*, consacră *principiul egalității în drepturi*, sub următoarea formulare: „Cetățenii Republicii Socialiste România, fără deosebire de naționalitate, rasă, sex sau religie, *sunt egali în drepturi*, în toate domeniile în toate domeniile vieții economice, politice, juridice, sociale și culturale”.

1.8. Constituția României din 8 decembrie 1991⁹

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 16 intitulat *Egalitatea în drepturi*, stabilește următoarele principii aplicabile acestui concept:

1. Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări.
2. Nimeni nu este mai presus de lege.
3. Funcțiile și demnitățile publice, civile și militare, pot fi ocupate de persoanele care au numai cetățenia română și domiciliul în țară.

1.9. Constituția României 2003, forma republicată a Constituției României din 1991.¹⁰

Din analiza sistematică a conținutului normativ al Constituției, rezultă că aceasta în cuprinsul art. 16 intitulat *Egalitatea în drepturi*, stabilește următoarele principii aplicabile acestui concept:

1. Cetățenii sunt egali în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări.
2. Nimeni nu este mai presus de lege.
3. Funcțiile și demnitățile publice, civile și militare, pot fi ocupate de persoanele care au numai cetățenia română și domiciliul în țară. Statul român garantează egalitatea de șanse între femei și bărbați pentru ocuparea acestor funcții și demnități.
4. În condițiile aderării României la Uniunea Europeană, cetățenii Uniunii care îndeplinesc cerințele legii organice au dreptul de a alege și de a fi aleși în autoritățile administrației publice locale.

3. Repere doctrinare române referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi.

3.1. Din doctrina română vom selecta opiniile unor autori consacrați cu prestigiu recunoscut, care au studiat egalitatea în drepturi.

3.1.1. O primă opinie¹¹ menționată pentru acest studiu, analizează *Egalitatea în drepturi ca acea categorie constituțională care garantează cetățenilor români folosința și exercitarea în condiții de egalitate a tuturor drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale prevăzute în Constituție și în alte legi, în domeniile politic, economic, social, cultural sau în orice alt domeniu, fără privilegii și fără discriminări, fiind tratați în mod egal în fața legii, a autorităților publice și de către ceilalți cetățeni*.

3.1.2. O a doua opinie¹² menționată pentru acest studiu, analizează *Egalitatea în drepturi, ca un principiu general al dreptului întâlnit în toate ramurile dreptului. Ea este prevăzută ca principiu și în Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene în art. 20. Acest principiu este exprimat atât legal cât și doctrinar și jurisprudențial. De-a lungul timpului, egalitatea s-a cristalizat ca un principiu de drept, cât și ca drept fundamental și categorie juridică. Așa se face că pe scară evolutivă s-a trecut de la inegalitate la egalitate și mai apoi chiar la discriminare pozitivă, ca mijloc de protecție a anumitor categorii defavorizate. Egalitatea este un principiu constituțional complex ce se definește atât prin raportare la diferență, cât și prin raportarea la discriminare. Egalitatea nu înseamnă uniformitate pentru că înșiși oamenii nu sunt egali de la natură*.

4. Repere jurisprudențiale referitoare la aplicarea principiului constituțional al egalității în drepturi, în deciziile recente ale Curții Constituționale a României.

4.1. Decizia nr. 611 din 3 octombrie 2017 referitoare la cererile de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, cereri formulate de președinții Senatului și Camerei Deputaților.

Publicată în M. Of. nr. 877 din 07 noiembrie 2017

1. Pe rol se află examinarea cererilor de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public — Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, cereri formulate de președinții Senatului și Camerei Deputaților. Sesizările se întemeiază pe prevederile art. 146 lit. e) din Constituție și ale art. 11 alin. (1) pct. A lit. e), ale art. 34, 35 și 36 din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, au fost înregistrate la Curtea Constituțională sub nr. 9.686 și nr. 9.687 din 13 septembrie 2017 și formează obiectul Dosarului nr. 2.428E/2017, respectiv al Dosarului nr. 2.429E/2017.

⁸ Republicare în temeiul art. 11 din Legea nr. 19 din 23 octombrie 1986, publicată în Buletinul Oficial al Republicii Socialiste România, partea I, nr. 64 din 27 octombrie 1986.

⁹ Textul Constituției României a fost publicat în M. Of. nr. 233 din 21 noiembrie 1991.

¹⁰ Textul Constituției României a fost publicat în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

¹¹ Nicolae Pavel, *Egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 65-66.

¹² Ștefan Deaconu, *Drept constituțional*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2017, pp. 176-177.

2. Prin Cererea cu nr. I 2.480 din 13 septembrie 2017, Președintele Senatului a solicitat Curții Constituționale să se pronunțe asupra existenței unui conflict juridic de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public, componentă a autorității judecătorești, pe de altă parte.

3. Curtea examinând cererile de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională dintre Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, cereri formulate de președinții Senatului și Camerei Deputaților, punctele de vedere ale Camerei Deputaților, Ministerului Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție și Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție, actele depuse la dosar, raportul întocmit de judecătorul-raportor, susținerile reprezentanților părților prezente, prevederile Constituției și ale Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, reține următoarele:

Curtea

1. Constată că există un conflict juridic de natură constituțională între Parlamentul României, pe de o parte, și Ministerul Public – Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte, generat de refuzul procurorului șef al Direcției Naționale Anticorupție de a se prezenta în fața Comisiei speciale de anchetă a Senatului și Camerei Deputaților pentru verificarea aspectelor ce țin de organizarea alegerilor din 2009 și de rezultatul scrutinului prezidențial.

Definitivă și general obligatorie.

5. Concluzii

În considerarea celor expuse în studiul de mai sus reținem, următoarele idei pe care le menționăm mai jos:

4.1. Obiectivul studiului privind *Rolul jurisprudenței referitoare la aplicarea principiului constituțional al egalității în drepturi în dezvoltarea noului drept român* după opinia noastră a fost realizat.

4.2. În opinia noastră, domeniului studiat este important pentru doctrina constituțională în materie, pentru doctrina drepturilor omului și pentru doctrina istoriei statului și dreptului românesc.

4.3. Au fost identificate succesiv reglementărilor constituționale privind evoluția reglementărilor referitoare la puterea judecătorească în constituțiile române și în dreptul românesc la 100 de ani de la marea unire.

4.4. De asemenea, precizăm că studiul de mai sus, deschide o viziune complexă și completă, dar nu exhaustivă în domeniul analizat.

4.5. Schema – cheie propusă, având în vedere abordarea selectivă a evoluției reglementărilor referitoare la principiul constituțional al egalității în drepturi în constituțiile române și în dreptul românesc la 100 de ani de la marea unire, poate fi multiplicată și extinsă pentru alte studii în materie.

JURISPRUDENȚA CONSTITUȚIONALĂ – FACTOR DE STABILITATE ȘI SECURITATE JURIDICĂ

Constitutional Jurisprudence – Factor of Stability and Legal Security

Florina MITROFAN*

Rezumat: *Prezentul studiu examinează caracterele actelor Curții Constituționale, cu precădere ale deciziilor prin care s-a constatat neconstituționalitatea unor dispoziții din legi sau ordonanțe ale Guvernului.*

Pornind de la caracterul obligatoriu al deciziilor instanței de contencios constituțional se pune întrebarea dacă și în ce condiții ar putea fi puse în executare astfel de acte jurisdicționale în ipoteza în care autoritățile publice nu pun de acord aceste prevederi cu dispozițiile Constituției.

Un alt aspect ce va fi analizat va avea în vedere situațiile în care prevederile legale, în privința cărora instanța de contencios constituțional a fost sesizată cu soluționarea excepției de neconstituționalitate, au fost modificate sau abrogate după invocarea excepției.

Din jurisprudența Curții Constituționale se desprind definiții, caractere, efecte cu privire la anumite instituții juridice, fiind astfel puse în valoare importante principii generale, cum ar fi spre exemplu cele privind egalitatea cetățenilor în fașa legii și siguranța juridică a justițiabililor.

Cuvinte-cheie: *justiție constituțională, supremație, stabilitate, securitate juridică, obligativitate etc.*

Abstract: *The current study examines the characteristics of the documents issued by the Constitutional Court, mainly of the decisions which ascertained the non-constitutionality of certain legal provisions or Government ordinances.*

Starting from the mandatory feature of the decisions of the court for administrative contentious, one could ask the question if and under what conditions could such jurisdictional acts be executed if the authorities do not align these provisions with the constitutional statements.

Another aspect to be analyzed shall take into consideration the cases in which the legal provisions for which the court of administrative contentious has been notified to solve the exception for non-constitutionality, have been modified or repealed after invoking the exception.

The jurisdiction of the Constitutional Court mentions definitions, features and effects regarding certain legal institutions, thus emphasizing important general principles, such as those referring to the equality of citizens in front of the law and the judicial security of the justice seekers.

Keywords: *constitutional justice, supremacy, stability, judicial security, compulsoriness.*

Considerații generale

În România expresia „justiție constituțională” este folosită pentru a desemna jurisdicția Curții Constituționale, care are rolul de „garant al supremației Constituției și unică autoritate jurisdicțională constituțională din România”, controlul constituționalității legilor reprezentând una dintre garanțiile juridice ale supremației Constituției.

Stabilitatea reprezintă o trăsătură esențială a legii fundamentale, în asigurarea acesteia un rol important revenind Curții Constituționale.

Securitatea juridică este principiul potrivit căruia nu pot fi repuse în discuție hotărârile care au dobândit autoritate de lucru judecat.

În vederea respectării principiului anterior menționat, legiuitorului îi revine obligația de a garanta respectarea Constituției și de a lua măsurile necesare asigurării încrederii în activitatea justiției, sens în care se încadrează și reformarea hotărârilor judecătorești pentru motive de neconstituționalitate.

Acest nou motiv de revizuire este menit să unifice practica judiciară în materie, prin repunerea în discuție în instanțele de judecată a unor hotărâri judecătorești definitive pronunțate cu încălcarea considerentelor sau dispozitivului deciziilor Curții Constituționale pronunțate ulterior rămânării definitive a hotărârilor judecătorești.

Stabilitatea hotărârilor judecătorești, respectiv autoritatea de lucru judecat nu poate prevala în raport de principiile și dispozițiile legii fundamentale.

Per a contrario, în absența posibilității de exercitare a revizuirii, controlul exercitat de Curtea Constituțională ar fi parțial lipsit de efecte juridice, cu precădere în privința acelor părți care au invocat excepția de neconstituționalitate, ce a fost admisă ulterior soluționării definitive a cauzei în care a fost invocată.

* Lect. univ. dr., Universitatea din Pitești; e-mail: florinamitrofan@yahoo.com.

Forța juridică a deciziilor Curții Constituționale

Dintotdeauna și de pretutindeni, punerea în discuție a deciziilor tribunalelor constituționale a ridicat mari probleme, a promovat interminabile dispute doctrinare și practice. Aceasta cel puțin din două motive: pe de o parte, tribunalele constituționale nu dispun de autorități care să le pună în executare deciziile și hotărârile; și, pe de altă parte, eficiența deciziilor a fost și este în strânsă legătură cu comportamentul constituțional al autorităților publice¹.

Controlul de constituționalitate nu este o frână în calea democrației, ci instrumentul ei necesar, deoarece permite minorității parlamentare și cetățenilor să vegheze la respectarea dispozițiilor Constituției, constituind o contrapondere necesară față de majoritatea parlamentară, în cazul în care, aceasta s-ar îndepărta de la litera și spiritul Constituției.

Legitimătatea democratică a acestui control decurge din alegerea sau numirea judecătorilor constituționali exclusiv de către autorități constituționale alese direct de popor (Camera Deputaților, Senatul, Președintele României). Așa fiind, este firească participarea Curții Constituționale – în formele determinate de Constituție – la procesul legislativ. În acest proces, Curtea Constituțională este însă constrânsă de unele cerințe externe, care vizează în principal faptul că nu se poate substitui legiuitorului, și de unele cerințe interne, deoarece soluțiile sale trebuie justificate prin raționamente juridice.

Controlul constituționalității se finalizează prin decizii, care, potrivit art. 145 alin. (2) din Constituție, sunt obligatorii și au putere numai pentru viitor. Dacă prin decizie se constată neconstituționalitatea, ea produce efecte *erga omnes*, adică are un efect obligatoriu general, care vizează toate autoritățile publice, cetățenii și persoanele juridice de drept privat. Datorită acestui fapt o parte deloc neglijabilă a doctrinei constituționale asimilează aceste decizii cu actele având forța legii. Această concluzie poate fi ușor desprinsă dacă se urmăresc efectele deciziilor în diferitele situații ale controlului de constituționalitate: a) decizia prin care s-a admis excepția de neconstituționalitate face ca legea sau ordonanța declarată neconstituțională ori textul din cadrul lor să nu se mai aplice, ca și cum ar fi abrogate prin lege;...².

Regimul juridic al deciziilor Curții Constituționale este reglementat atât de Constituție, cât și de legea specială – Legea nr. 47/1992, deciziile fiind definitive, neputând fi supuse niciunei căi de atac ordinare sau extraordinare.

Altfel spus, nicio altă autoritate publică nu poate să verifice legalitatea deciziilor Curții Constituționale.

Acest aspect rezultă și din literatura de specialitate, reținându-se că „deciziile Curții nu sunt susceptibile de nicio formă de recurs sau, în sens larg vorbind, de control”³.

Acest caracter al deciziilor instanței de contencios constituțional nu exclude însă posibilitatea acestei autorități jurisdicționale de a reveni, în cazurile și condițiile prevăzute de lege, asupra propriei jurisprudențe.

O altă componentă a principiului securității juridice este principiul neretroactivității.

În literatura de specialitate s-a afirmat că, „admiterea retroactivității ar fi fost de natură să pericliteze o serie de raporturi juridice formate sub imperiul legii declarată neconstituțională, ceea ce ar fi afectat, în mod nejust, drepturile unor persoane care nu aveau nicio vină în legătură cu producerea situațiilor ce fuseseră vizate”⁴.

Efectul imediat al obligativității deciziilor Curții Constituționale derivat din prevederea potrivit căreia: „de la data publicării în Monitorul Oficial...” presupune că decizia produce, de regulă, consecințe juridice în privința situațiilor ce apar după publicarea în Monitorul Oficial, dar și în cauza în care s-a invocat excepția de neconstituționalitate, în această din urmă situație efectele producându-se *ex tunc*, față de părțile din proces.

Curtea a statuat că deciziile de admitere a excepției de neconstituționalitate se aplică în cauzele pendinte, în care sunt aplicabile acele dispoziții, fără a diferenția dacă s-a invocat sau nu excepția până la data publicării deciziei prin care s-a constatat neconstituționalitatea.

Altfel spus, decizia prin care s-a constatat neconstituționalitatea unei dispoziții legale nu se va aplica acelor situații în care cauzele au fost soluționate până la data publicării deciziei instanței de contencios constituțional și în care nu a fost invocată excepția și nici dispusă sesizarea Curții Constituționale cu soluționarea excepției de neconstituționalitate.

De la regula anterior menționată, legiuitorul a prevăzut o excepție, respectiv, situația în care, înainte de soluționarea cauzei, a fost invocată excepția de neconstituționalitate și sesizată Curtea Constituțională cu soluționarea excepției, însă admiterea excepției a avut loc ulterior soluționării cauzei în care a fost invocată.

În situația anterior menționată s-a prevăzut în legislație posibilitatea exercitării revizuirii – cale de atac extraordinară – prin intermediul căreia decizia Curții Constituționale se va aplica acelei cauze, scopul fiind acela al remedierii situației în care instanța a pronunțat hotărârea în temeiul unui text în legătură cu care s-a invocat excepția de neconstituționalitate.

¹ Constantinescu M., Iorgovan A., Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 325; Muraru I. în *Constituția României – Comentariu pe articole*, Coordonatori: Muraru I., Tănăsescu E.S., Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 1420; Constantinescu M., Muraru I., Iorgovan A., *Revizuirea Constituției explicații și comentarii*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 129.

² Decizia Curții Constituționale a României nr. I din 17 ianuarie 1995, publicată în M. Of. nr. 549 din 16 din 26 ianuarie 1995.

³ Constantinescu M., Muraru I., Deleanu I., Vasilescu F., Iorgovan A., Vida I., *Constituția României – comentată și adnotată* – „Regia Autonomă „Monitorul Oficial”, București, 1992, p. 311.

⁴ Duculescu V., Călinoiu C., Duculescu G., *Constituția României – comentată și adnotată* – Ed. Lumina Lex, București, p. 441.

În cazul în care părțile sau instanța, din oficiu, au invocat excepția de neconstituționalitate, vor beneficia de efectele admiterii acesteia, chiar și în situația în care dispoziția invocată ca fiind neconstituțională a fost declarată neconstituțională într-un alt litigiu.

Per a contrario, în situația în care nu au invocat excepția, iar cauza a fost soluționată definitiv, nu vor beneficia ulterior de efectele acesteia.

Aplicarea *ex tunc* a deciziilor Curții Constituționale vizează acele situații juridice pendinte, deci nu și pe cele care au devenit *facta praeterita*, ca urmare a necontestării lor.

Cu privire la soluționarea excepției de neconstituționalitate a unei dispoziții legale modificate ulterior ridicării excepției, prin Decizia Plenului Curții Constituționale nr. III din 31 octombrie 1995, publicată în M. Of. nr. 259 din 9 noiembrie 1995, Curtea a statuat că „În cazul în care, după invocarea unei excepții de neconstituționalitate în fața instanțelor judecătorești, prevederea legală supusă controlului a fost modificată, Curtea Constituțională se pronunță asupra constituționalității prevederii legale, în noua sa redactare, numai dacă soluția legislativă din legea sau ordonanța modificată este, în principiu, aceeași cu cea dinaintea modificării”⁵.

În jurisprudența Curții au existat cazuri în care aceasta a sancționat pentru neconstituționalitate dispoziții legale care nu mai erau în vigoare (de exemplu, sesizările cu privire la actele normative din domeniul salarizării în învățământ). Rațiunile care au determinat analiza pe fond a criticilor de neconstituționalitate cu acele prilejuri rezidă în faptul că instanța constituțională a constatat intervenția unor evenimente legislative care s-au succedat frecvent, împrejurare ce ar fi condus la eludarea controlului de constituționalitate a dispozițiilor modificate. Într-o atare situație, respingerea excepției ca fiind inadmisibilă ar fi pus părțile în imposibilitatea de a beneficia de efectele deciziei Curții, deci ale controlului pe care ele l-au declanșat, împrejurare ce ar fi echivalat cu o veritabilă sancțiune aplicabilă acestora.

Este indiscutabil faptul că societatea evoluează, iar noile realități politice, sociale, economice, culturale trebuie să fie normate, să se regăsească în conținutul dreptului pozitiv. Dreptul este viu, astfel că, odată cu societatea, și el trebuie să se adapteze modificărilor survenite. Astfel, legile sunt abrogate, ajung la termen, sunt modificate, completate, suspendate sau, pur și simplu, cad în desuetudine, în funcție de noile relații sociale, de cerințe și oportunități. Însă, toate aceste evenimente legislative și soluțiile normative pe care ele le consacră trebuie să respecte principiile Legii fundamentale. Curtea Constituțională, o dată sesizată, are sarcina de a le controla, fără a condiționa acest control de eliminarea, indiferent sub ce formă, din fondul activ al legislației a actului criticat pentru neconstituționalitate⁶.

Decizia prin care se constată neconstituționalitatea unei legi constituie un temei pentru rejudecarea cauzei în favoarea părții care a invocat excepția de neconstituționalitate într-un proces civil, iar într-un proces penal, pentru rejudecarea cauzei în toate procesele în care condamnarea s-a pronunțat în baza prevederii legale declarată ca neconstituțională⁷.

Obligativitatea respectării deciziilor Curții Constituționale revine tuturor autorităților publice, întregii societăți și fiecărui individ.

Totodată obligativitatea deciziilor instanței de contencios constituțional nu constituie o atingere a independenței judecătorilor, întrucât, prin pronunțarea acestor decizii Curtea Constituțională nu creează norme juridice, ci analizează conformitatea celor existente cu prevederile legii fundamentale.

Curtea Constituțională s-a pronunțat în sensul că: „o prevedere legală nu poate fi constituțională într-o cauză și neconstituțională în alte cauze, cât timp legitimitatea sa constituțională se determină prin raportarea la dispozițiile sau principiile constituționale”⁸.

Problema caracterului obligatoriu al deciziilor Curții a făcut obiectul unor ample dezbateri doctrinare și jurisprudențiale, ca urmare a faptului că prevederea potrivit căreia „deciziile Curții Constituționale sunt obligatorii și au efecte numai pentru viitor” a fost inițial interpretat diferit în literatura de specialitate și practica instanțelor judecătorești, ceea ce a condus la modificarea textului art. 147 alin. (4) din Constituție, în sensul menționării exprese a caracterului general obligatoriu al deciziilor Curții, aspect care a condus la înlăturarea oricăror interpretări contrare.

Un aspect semnificativ de reținut este acela că sunt general obligatorii numai deciziile prin care instanța de contencios constituțional se pronunță asupra constituționalității unor acte normative, iar nu și celelalte acte pe care le emite în exercitarea atribuțiilor conferite de Constituție sau de Legea nr. 47/1992.

Dat fiind caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale se poate afirma că și deciziile prin care s-a respins excepția de neconstituționalitate sunt obligatorii, în sensul că, nu poate fi refuzată, aplicarea dispozițiilor ce au făcut obiectul controlului, de nicio autoritate publică.

Acest aspect nu împiedică însă, invocarea în viitor a excepției de neconstituționalitate de către alte părți și pentru alte motive sau chiar și pentru aceleași motive.

⁵ Decizia Curții Constituționale nr. 215 din 7 decembrie 1999, publicată în M. Of. nr. 126 din 27 martie 2000.

⁶ Decizia Curții Constituționale nr. 766 din 15 iunie 2011, publicată în M. Of. nr. 549 din 3 august 2011.

⁷ Duculescu V., Călinoiu C., Duculescu G., *op. cit.*, p. 433.

⁸ Decizia Curții Constituționale nr. 403 din 21 octombrie 1997, publicată în M. Of. nr. 46 din 2 februarie 1998.

Jurisprudența Curții Constituționale trebuie avută în vedere de toate organele implicate în procesul de elaborare și de aplicare a legilor și a ordonanțelor Guvernului, datorită efectului obligatoriu general al deciziilor instanței de contencios constituțional.

Aplicabilitatea generală a deciziilor Curții Constituționale

Dispozițiile art. 147 alin. (4) din Constituție prevăd aplicabilitatea generală a efectelor deciziilor Curții Constituționale.

Tot în privința efectelor acestor acte, se prevede, (în privința legilor și ordonanțelor care sunt în vigoare), la art. 147 alin. (1) din Constituție că: „și încetează efectele juridice în termen de 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca neconstituționale sunt suspendate de drept”.

Nici Constituția și nici Legea nr. 47/1992 nu reglementează expres efectele în situația legilor sau ordonanțelor în situația în care aceste acte normative nu mai sunt în vigoare.

Autoritatea de lucru judecat ce însoțește hotărârile judecătorești, deci și deciziile Curții Constituționale, acestea se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină.

În cazul în care nu s-ar recunoaște autoritatea de lucru judecat unor considerente care tranșează litigiul sau celor pe care se sprijină soluția, s-ar ajunge la consecințe precum încălcarea ordinii de drept, dându-se astfel posibilitatea instanței de a se ajunge cu ignorarea a ceea ce s-a statuat anterior, la soluții diametral opuse.

O hotărâre judecătorească odată intrată în puterea de lucru judecat nu poate fi reformată decât în condițiile strict și limitativ prevăzute de lege, principiul securității raporturilor juridice impunând respectarea întocmai a celor dispuse de instanța de judecată, în caz contrar actul administrat fiind lipsit de finalitate, ideea de dreptate devenind astfel iluzorie.

Hotărârea judecătorească, având autoritate de lucru judecat, răspunde nevoii de securitate juridică, părțile având obligația să se supună efectelor obligatorii ale actului jurisdicțional, fără posibilitatea de a mai pune în discuție ceea ce s-a stabilit deja pe calea judecătii. Prin urmare, hotărârea judecătorească definitivă și irevocabilă se situează în sfera actelor de autoritate publică, fiind investită cu o eficiență specifică de către ordinea normativă constituțională.

Pe de altă parte, un efect intrinsec al hotărârii judecătorești îl constituie forța executorie a acesteia, care trebuie respectată și executată atât de către cetățeni, cât și de autoritățile publice. Or, a lipsi o hotărâre definitivă și irevocabilă de caracterul ei executoriu reprezintă o încălcare a ordinii juridice a statului de drept și o obstrucționare a bunei funcționări a justiției⁹.

Curtea reține că nicio altă autoritate publică, fie ea și instanță judecătorească, nu poate contesta considerentele de principiu rezultate din jurisprudența Curții Constituționale, aceasta fiind obligată să le aplice în mod corespunzător, respectarea deciziilor Curții Constituționale fiind o componentă esențială a statului de drept¹⁰.

Din cele prezentate se desprinde concluzia că atât considerentele cât și dispozitivul deciziilor Curții Constituționale sunt general obligatorii în privința autorităților publice care au obligația aplicării acestora inclusiv în privința efectelor pe care acestea le stabilesc.

Distinct de argumentele reținute, Curtea constată că, în acord cu jurisprudența sa, ..., puterea de lucru judecat ce însoțește actele jurisdicționale, deci și deciziile Curții Constituționale, se atașează nu numai dispozitivului, ci și considerentelor pe care se sprijină acesta. Astfel, Curtea reține că atât considerentele, cât și dispozitivul deciziilor sale sunt general obligatorii și se impun cu aceeași forță tuturor subiectelor de drept¹¹.

Ideea supremației Constituției este o cucerire a gândirii juridice, care se leagă de voința politică de a garanta efectiv această supremație prin intermediul jurisdicției constituționale¹².

Începând cu anul 2011, Curtea Constituțională a adoptat o practică prin care a determinat și arătat în considerentele deciziilor care sunt efectele pe care le produc.

Efectele deciziilor Curții Constituționale

Analiza efectelor juridice ale actelor Curții Constituționale trebuie efectuată ținând cont de faptul dacă suntem în prezența unui control prealabil sau posterior, ori în situația exercitării altor atribuții.

Art. 147 din Constituția revizuită a conferit efecte juridice speciale deciziilor prin care se constată neconstituționalitatea legilor și ordonanțelor, precum și celor prin care Curtea Constituțională se pronunță cu privire la tratate sau alte acorduri internaționale, întărind totodată efectul juridic obligatoriu al deciziilor jurisdicției constituționale. Acest lucru este necesar, întrucât jurisdicțiile constituționale nu dispun de autorități care să le pună în

⁹ Decizia Curții Constituționale nr. 972 din 21 decembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 800 din 28 noiembrie 2012.

¹⁰ Decizia Curții Constituționale nr. 1093 din 5 decembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 61 din 29 ianuarie 2013.

¹¹ Decizia Curții Constituționale nr. 766 din 15 iunie 2011, publicată în M. Of. nr. 549 din 3 august 2011.

¹² Decizia Plenului Curții Constituționale nr. I din 17 ianuarie 1995, publicată în M. Of. nr. 549 din 16 din 26 ianuarie 1995.

executare deciziile și hotărârile, eficiența acestora depinzând în mare măsură de comportamentul constituțional al autorităților publice¹³.

Decizia prin care Curtea Constituțională, în exercitarea controlului concret posterior, rezolvă, prin admitere, excepția de neconstituționalitate, este obligatorie și produce efecte *erga omnes* și nu numai *inter partes litigantes* deși este pronunțată în cadrul unui litigiu care există în fața justiției între anumite părți determinate¹⁴.

Pornind de la caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale, se poate afirma, cu deplin temei, că, efectele produse prin nerespectarea acestora, sunt diferite, funcție de subiectele de drept care nu respectă cele statuate de Curtea Constituțională, pe calea excepției de neconstituționalitate.

Efectele juridice pe care norma le produce trebuie analizate atât pentru perioada activității normei juridice, cât și pentru perioada ulterioară acesteia dacă efectele juridice produse nu s-au stins încă. O atare constatare este susținută de faptul că o normă juridică ce a avut o aplicare limitată în timp nu se poate aplica decât în privința raporturilor juridice născute și stinse în perioada sa de activitate sau a celor ce s-au născut în această perioadă, dar care nu s-au stins încă din diverse motive; numai în acest din urmă caz ideea de continuitate în privința producerii efectelor juridice menționate vizează efectele produse în perioada de activitate a normei ce se reflectă în continuare asupra situației personale a autorului excepției, dovadă a faptului că raportul juridic respectiv nu s-a stins¹⁵.

Curtea reține că decizia de constatare a neconstituționalității face parte din ordinea juridică normativă, prin efectul acesteia prevederea neconstituțională încetându-și aplicarea pentru viitor. Astfel, potrivit art. 147 alin. (1) din Constituție „Dispozițiile din legile și ordonanțele în vigoare, precum și cele din regulamente, constatate ca fiind neconstituționale, își încetează efectele juridice la 45 de zile de la publicarea deciziei Curții Constituționale dacă, în acest interval, Parlamentul sau Guvernul, după caz, nu pun de acord prevederile neconstituționale cu dispozițiile Constituției. Pe durata acestui termen, dispozițiile constatate ca fiind neconstituționale sunt suspendate de drept”¹⁶.

Prin Decizia nr. 766 din 15 iunie 2011, în ceea ce privește deciziile prin care se constată neconstituționalitatea unor dispoziții care nu mai sunt în vigoare, Curtea Constituțională a stabilit că „acestea nu produc efecte retroactive, ci exclusiv pentru viitor. Dispozițiile neconstituționale nu se vor mai aplica în cauza în care a fost invocată excepția de neconstituționalitate și nici în cauzele pendinte în fața instanțelor judecătorești în care respectivele dispoziții sunt aplicabile. Așa fiind, efectele deciziei de admitere se limitează exclusiv asupra aplicării în timp a dispoziției sancționate, căreia i se refuză ultraactivitatea întemeiată pe principiul *«tempus regit actum»*, iar nu și asupra existenței normei în dreptul pozitiv, care, în urma abrogării sau ajungerii la termen survenite anterior momentului în care se realizează controlul de constituționalitate, a trecut în stare pasivă”¹⁷.

Curtea reține că, atunci când obiect exclusiv al acțiunii principale introduse la instanța de judecată este constatarea neconstituționalității unei ordonanțe simple sau ordonanțe de urgență a Guvernului, excepția de neconstituționalitate este transformată într-o veritabilă acțiune, pierzându-și astfel natura sa de excepție, înțeleasă ca un mijloc de apărare care nu pune în discuție fondul pretenției deduse judecătii¹⁸.

Prevederile art. 99 lit. 5) din Legea nr. 303/2004, potrivit căreia: „Constituie abatere disciplinată... nerespectarea deciziilor Curții Constituționale...” nu infirmă independența judecătorilor.

Curtea Constituțională a statuat că „niciunul dintre textele de lege criticate nu prevede sancționarea judecătorului pentru modul în care interpretează și aplică legea, ci reglementează ca abateri disciplinare nerespectarea de către acesta a unor obligații impuse de lege, Constituție, tratate internaționale în materia drepturilor omului la care România este parte... În ceea ce privește dispozițiile art. 99 lit. 5) din Legea nr. 303/2004, modificată,..., Curtea constată că acestea dau expresie și eficiență prevederilor art. 126 alin. (3), respectiv celor ale art. 147 alin. (4) din Constituție”¹⁹.

Actul prin care Curtea Constituțională soluționează excepția de neconstituționalitate poartă denumirea de decizie și, chiar dacă, din punct de vedere formal, structura acesteia este similară cu cea a unei hotărâri judecătorești, nu poate fi confundată cu aceasta.

Activitatea jurisdicțională înfăptuită de Curtea Constituțională trebuie să respecte cerințele și principiile înfăptuirii justiției, având în vedere că deciziile pe care le pronunță sunt acte cu caracter jurisdicțional, întrucât:

- procedura de soluționare are loc cu participarea părții care o invocă; ținând seama de faptul că se invocă în fața unei instanțe de judecată sau de arbitraj comercial;
- este o excepție de ordine publică, putând fi invocată de oricare din părțile din proces sau de instanță din oficiu;
- poate fi invocată în orice fază a procesului, iar partea care o invocă poate renunța la judecata excepției.

În considerarea argumentelor anterior prezentate se poate concluziona că deciziile Curții Constituționale contribuie la asigurarea securității raporturilor juridice și aplicarea legii în viitor, contribuind astfel la asigurarea exigențelor statului de drept.

¹³ Muraru I., Tănăsescu E.S., *Drept constituțional și instituții politice*, ed. 13, vol. II, Ed. C.H. Beck, București, 2009, pp. 273-274.

¹⁴ Doldur C., *Probleme actuale privind obligativitatea deciziilor Curții Constituționale a României pronunțate în exercitarea controlului de constituționalitate a legilor în Despre Constituție și constituționalism*, Ed. Hamangiu, București, 2006, p. 130.

¹⁵ Decizia Curții Constituționale nr. 1615 din 20 decembrie 2011, publicată în M. Of. nr. 99 din 8 februarie 2012.

¹⁶ Decizia Curții Constituționale nr. 847 din 8 iulie 2008, publicată în M. Of. nr. 605 din 14 august 2008.

¹⁷ Decizia Curții Constituționale nr. 1615 din 20 decembrie 2011, publicată în M. Of. nr. 99 din 8 februarie 2012.

¹⁸ Decizia Curții Constituționale nr. 5 din 9 ianuarie 2007, publicată în M. Of. nr. 74 din 31 ianuarie 2007.

¹⁹ Decizia Curții Constituționale nr. 2 din 11 ianuarie 2012, publicată în M. Of. nr. 131 din 23 februarie 2012.

CONTRIBUȚII ALE JURISPRUDENȚEI LA DEZVOLTAREA CONTROLULUI DE CONSTITUȚIONALITATE AL LEGILOR ÎN ROMÂNIA

Contributions of Jurisprudence to The Development of The Constitutionality Review of Laws in Romania

Marius ANDREESCU*

Rezumat: Pentru sistemul de drept român jurisprudența nu are calitatea de izvor formal al dreptului. Cu toate acestea realitate juridică, privită și din perspectivă istorică a demonstrat rolul esențial al practicii judiciare la interpretarea și aplicarea legii, la edificarea practicilor argumentative, la clarificarea voinței legiuitorului și descoperirea sensurilor mai puțin evidente ale normelor juridice și nu în ultimul rând la unificarea gândirii și practicii juridice. De aceea jurisprudența, alături de doctrină este o componentă importantă a sistemului de drept român.

Pornind de la aceste considerente, în acest studiu ne propunem să evidențiem câteva aspecte ale jurisprudenței constituționale. Subliniem contribuția acesteia la apariția controlului de constituționalitate al legilor în România, sub imperiul Constituției din 1866 care nu reglementa instituțional un astfel de control, instanțele judecătorești și-au asumat prin interpretarea legii și pe cale jurisprudențială această competență.

Sunt prezentate și analizate aspecte importante ale jurisprudenței Curții Constituționale, dar și a instanțelor judecătorești la dezvoltarea controlului de constituționalitate în țara noastră. Susținem ideea că jurisprudența are un rol important în prezent la interpretarea normelor constituționale inclusiv în ceea ce privește aprofundarea formelor controlului de constituționalitate.

Cuvinte-cheie: Apariția controlului de constituționalitate al legilor în România / raționamente jurisprudențiale / interpretarea Constituției pe cale jurisprudențială / rolul jurisprudenței la clarificarea și dezvoltarea controlului de constituționalitate

Abstract: For the Romanian legal system the jurisprudence does not have the quality of a formal source of law. Nevertheless, a legal reality, viewed from a historical perspective, has demonstrated the essential role of judicial practice in interpreting and enforcing the law, in constructing argumentative practices, in clarifying the will of the legislator, and in discovering the less obvious meanings of legal norms and, last but not least, in unifying thought and legal practice. Therefore jurisprudence, along with doctrine, is an important component of the Romanian legal system.

Based on these considerations, in this study we intend to highlight some aspects of constitutional jurisprudence. We underline its contribution to the constitutional review of laws in Romania. Under the Constitution of 1866, which did not regulate institutionally such a control, the courts have assumed this competence by interpreting the law and by way of jurisprudence.

There are presented and analyzed important aspects of the Constitutional Court jurisprudence and of the courts in the development of constitutional control in our country. We support the idea that jurisprudence currently has an important role to play in the interpretation of constitutional norms, including the deepening of forms of constitutional control.

Keywords: The emergence of constitutional control of laws in Romania / jurisprudential reasoning / the interpretation of the Constitution by jurisprudence / the role of jurisprudence in the calibration and development of constitutionality control

I. Unele considerente privind justiția constituțională

Supremația Constituției ar rămâne o simplă chestiune teoretică dacă nu ar exista garanțiile adecvate. Incontestabil, justiția constituțională și forma ei particulară, controlul de constituționalitate al legilor, reprezintă principala garanție a supremației Constituției, așa cum de altfel se stipulează și în mod expres în Legea fundamentală a României.

Profesorul Ion Deleanu aprecia că „Justiția constituțională poate fi considerată, alături de multe altele, o paradigmă a acestui secol”¹. Apariția și evoluția justiției constituționale este determinată de mai mulți factori, la care doctrina se referă, printre care menționăm: omul, în calitatea sa de cetățean, devine un reper axiologic cardinal al societății civile și politice, iar drepturile și libertățile fundamentale numai reprezintă un simplu discurs teoretic, ci o

* Lector universitar dr./Judecător, Universitatea din Pitești/Curtea de Apel Pitești, andreescu_marius@yahoo.com.

¹ Deleanu I. *Justiția constituțională*, Ed. Lumina Lex, București, 1995, p. 5.

realitate normativă; se realizează o reconsiderare a democrației, în sensul că protecția minorității devine o cerință principală a statului de drept și, în același timp o contrapondere la principiul majorității; „suveranitatea parlamentară” este supusă supremației legii și, în special, a Constituției, prin urmare legea nu mai este un act infailibil al Parlamentului, ci condiționat de normele și valorile Constituției; nu în ultimul rând, reconsiderarea rolului și locului constituțiilor în sensul calificării lor, mai ales că „așezăminte fundamentale ale guvernațiilor și nu ale guvernanților, ca act dinamic, în continuare modelare, și ca act al societății”².

Termenul de „justiție constituțională” sau „jurisdicție constituțională” este controversat în literatura de specialitate. Cu toate acestea, noțiunea de „justiție constituțională” apare în opera lui Kelsen sub forma „garanția jurisdicțională a Constituției”³. De asemenea, Eisenmann o consideră ca fiind „acea formă de justiție sau mai exact de jurisdicție care privește legile constituționale”, fără de care Constituția nu ar fi decât „un program politic, obligatoriu numai moralmente”. Același autor face distincția dintre justiția constituțională și jurisdicția constituțională. „Justiția constituțională” este forma prin care se garantează repartizarea prerogativelor între legislația ordinară și legislația constituțională, iar „jurisdicția constituțională” se referă la autoritatea prin care se realizează justiția constituțională⁴.

În literatura română, noțiunea de „justiție constituțională” s-a încetățenit în special datorită contribuției în materie a profesorului Ion Deleanu⁵. Fără a face o analiză minuțioasă a acestui concept, considerăm că justiția constituțională este o categorie juridică cu o semnificație specială a cărei componente constituționale sunt următoarele: a) desemnează ansamblul instituțiilor și al procedurilor prin intermediul cărora se realizează supremația Constituției; b) un organ statal competent să o realizeze cu atribuțiile prevăzute de Constituție și de lege; c) un ansamblu de mijloace tehnice și forme de înfăptuire care să prezinte elemente specifice și exclusive; d) scopul justiției constituționale este acela de a asigura supremația Constituției.

Controlul de constituționalitate al legilor este principala formă a justiției constituționale și constituie o bază a democrației garantând realizarea unui guvernământ democratic, care să respecte supremația legii și a Constituției. George Alexianu considera că legalitatea este un atribut al statului modern. Ideea de legalitate în concepția autorului este formulată după cum urmează: toate organele statului funcționează în baza unei ordini de drept statuată de legiuitor și care trebuie respectată. Același autor, referindu-se la supremația Constituției, afirma cu deplin temei și în raport cu realitățile de astăzi: „Când statul modern își organizează noua sa înfățișare, cea dintâi idee care-l preocupă este aceea a stăvilirii abuzului administrativ, de aici invențiunea constituțiilor și pe cale jurisdicțională instituirea unui control al legalității. Odată acest abuz stabilit apare unul nou, mult mai grav, acela al Parlamentului. Se inventează atunci supremația Constituției și diferite sisteme pentru garantarea ei. Ideea de legalitate dobândește astfel o puternică pârgă de întărire”⁶.

În doctrină, controlul de constituționalitate a legilor a fost definit ca fiind: „Activitatea organizată de verificare a conformității legii cu constituția, iar din punct de vedere al dreptului constituțional cuprinde reguli privitoare la autoritățile competente a face această verificare, procedura de urmat și măsurile ce pot fi luate după realizarea acestei proceduri”⁷. În esență, controlul constituționalității legilor presupune verificarea conformității legii ca act juridic al Parlamentului, dar și a altor categorii de acte normative cu normele cuprinse în Constituție. Conformitatea trebuie să existe atât sub aspect formal (competența organului emitent și procedura de elaborare), cât și din punct de vedere material (conținutul normei din legea ordinară trebuie să fie conform normei constituționale).

II. Rolul jurisprudenței la apariția și dezvoltarea controlului de constituționalitate al legilor în România

Din perspectivă istorică, o importanță aparte prezintă controlul judecătoresc de constituționalitate instaurat în S.U.A. la începutul secolului al XIX-lea, deși Constituția nu reglementa o astfel de procedură.

În materie de constituționalitate judecătorii verificau în special dacă legiuitorul ordinar a respectat competența conferită de Constituție în sensul de a nu fi legiferat asupra materiilor care îi erau interzise prin normele constituționale. Judecătorii nu puteau să anuleze o lege ca neconstituțională, ci numai să realizeze aplicarea ei în speța dedusă judecății.

Curtea supremă se pronunță în afacerea „Marbury vs. Madison”, pentru prima dată într-o speță, declarând Constituția federală ca fiind lege supremă a statului și înlăturând un act al Congresului contrar Constituției federale. Decizia Curții este redactată de judecătorul John Marshall și formează baza pe care se fundamentează jurisprudența americană în materia controlului de constituționalitate.

Raționamentul pe care l-a atribuit judecătorul american este următorul: judecătorul are menirea să aplice și să interpreteze legile. Constituția este legea supremă a unui stat care trebuie să fie aplicată cu prioritate față de oricare

² Pentru dezvoltări, a se vedea Deleanu I. *op. cit.*, p. 56.

³ Kelsen H, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, în *Revue de Droit publique*, 1928, p. 197 și urm.

⁴ Pentru dezvoltări, a se vedea Eisenmann Ch., *La Justice constitutionnelle de la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, reed. PUAM et Economica, 1986.

⁵ Pentru dezvoltări, a se vedea Deleanu I., *op. cit.*, pp. 9-126.

⁶ Alexianu G. *Drept constituțional*, Ed. Casei Școalelor, București, 1930, p. 71.

⁷ I. Muraru, Tănăsescu, S.E., *Drept constituțional și instituții politice*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, vol. II, p. 191.

altă lege. Constituția fiind o lege, urmează să fie interpretată și aplicată de judecător inclusiv la un caz particular care formează obiectul judecății. În cazul în care legea nu este conformă cu normele constituționale, acestea din urmă se vor aplica dat fiind caracterul suprem al Constituției.

Modelul european de justiție constituțională se caracterizează din punct de vedere instituțional în curți sau tribunale constituționale. În perioada interbelică acest model s-a remarcat în: Austria (1920), Cehoslovacia (1979), Spania (1931) și Irlanda (1938). După al Doilea Război Mondial se înființează curți și tribunale constituționale în majoritatea statelor europene: Italia (1948), Germania (1949), Turcia (1961), Portugalia (1976), Spania (1978) etc. Printre țările est-europene care au acest model de justiție constituțională menționăm: România, Polonia, Ungaria, Cehia, Croația, Macedonia, Rusia, Ucraina, Lituania etc.

În țara noastră, controlul de constituționalitate a legilor a cunoscut o evoluție marcată de particularitățile naționale și de aplicarea succesivă a celor două modele mai sus prezentate.

Constituția din 1866 nu reglementa controlul de constituționalitate al legilor. Cu toate acestea, pot fi menționate dispozițiile art. 93 din Constituție, potrivit cărora Domnul „sanționează și promulgă legile” și că el „poate refuza sancțiunea sa”. În consecință, șeful statului putea refuza promulgarea unei legi, dacă o considera neconstituțională. Evident, nu este un veritabil control de constituționalitate a legilor, dar este o modalitate premergătoare unei astfel de verificări. În perioada cât a fost în vigoare Constituția din 1866, șeful statului nu a recurs niciodată la această procedură.

Controlul de constituționalitate al legilor realizat de o instanță judecătorească și nu de o instituție specializată, diferită de puterea judecătorească a fost acceptat și pe continentul european. Istoria constituțională menționează o prioritate românească în acest caz. Astfel, în perioada 1911-1912 mai întâi Tribunalul Ilfov și apoi Înalta Curte de Casație și Justiție și-au arogat dreptul de a verifica conformitatea constituțională a legilor în litigiul cunoscut sub numele de „afacerea tramvaielor” din București.

Este interesant raționamentul folosit de către Tribunalul Ilfov și de către Înalta Curte de Casație și Justiție în argumentarea posibilității ca pe cale pretoriană să se realizeze controlul de constituționalitate. În esență, considerentele au fost următoarele: 1) Instanța nu și-a asumat, din oficiu, competența de a se pronunța asupra constituționalității unei legi și de a o anula, deoarece o asemenea procedură ar fi constituit un amestec al puterii judecătorești în atribuțiile puterii legiuitoare. În consecință, instanța și-a asumat această competență, deoarece a fost sesizată cu verificarea constituționalității unei legi; 2) În baza atribuțiilor care sunt date, puterea judecătorească are ca principală misiune interpretarea și aplicarea tutore legilor, fie ordinare sau constituționale. Dacă o lege invocată este contrară Constituției, instanța nu poate refuza soluționarea cauzei; 3) Nu exista nicio dispoziție în Constituția din 1866 prin care să se interzică expres dreptul puterii judecătorești de a verifica dacă o lege este conformă cu Constituția. Sunt invocate dispozițiile art. 77 din Constituție, potrivit cărora un judecător, conform jurământului depus, este obligat să aplice legile și Constituția țării; 4) Spre deosebire de legile ordinare, Constituția este permanentă și nu poate fi revizuită decât în mod excepțional. Fiind legea cu forță supremă, Constituția se impune prin autoritatea sa tuturor și de aceea judecătorul este obligat să o aplice cu prioritate, inclusiv în ipoteza în care legea în baza căreia se soluționează litigiul este contrară Constituției⁸.

Deciziile pronunțate de Tribunalul Ilfov și Înalta Curte de Casație și Justiție au fost bine primite de către specialiștii vremii. Iată un scurt comentariu: „Această deciziune a fost o mare satisfacțiune pentru toți oamenii de drept. Ea reprezintă un mare pas în propășirea acestei țări spre progres, fiindcă ea consacră principiul că Constituția acestui stat, temelia lui, paladiul drepturilor și libertăților noastre, nu trebuie nesocotite de nimeni. Suntem mândri că i-a fost dat justiției noastre să arate chiar justiției din țările occidentale adevărate cale a progresului în materie de drept public”⁹.

III. Aspecte contemporane ale jurisprudenței constituționale. Jurisprudența instanțelor judecătorești

Activitatea normativă de elaborare a legii trebuie să fie continuată cu activitatea de aplicare a normelor; în vederea aplicării, prima operațiune logică de efectuat este interpretarea acestora.

Atât Constituția cât și legea se prezintă ca un ansamblu de norme juridice, însă aceste norme sunt exprimate sub forma unui text normativ. De aceea, ceea ce constituie obiect al interpretării nu sunt normele juridice, ci textul legii sau al Constituției. Un text de lege poate să cuprindă mai multe norme juridice. Dintr-un text constituțional poate fi dedusă o normă constituțională pe cale de interpretare. Textul Constituției este redactat în termeni generali ceea ce influențează gradul de determinare a normelor constituționale. Prin interpretare normele constituționale sunt identificate și determinate.

Mai trebuie subliniat faptul că o Constituție poate cuprinde anumite principii care nu sunt clar exprimate expressis verbis, dar ele pot fi deduse prin interpretarea sistematică a altor norme.

În sensul celor arătate mai sus, în literatura de specialitate s-a precizat: „Gradul de determinare al normelor constituționale prin textul legii fundamentale poate justifica necesitatea interpretării. Normele din Constituție se

⁸ A se vedea „Curierul Judiciar”, Nr. 32, din 29 aprilie 1912, pp. 373-376.

⁹ Comșa N.D., *Notele din Curierul Judiciar* nr. 32, din 29 aprilie 1912, p. 378.

pretează foarte bine unei evoluții a cursului lor, pentru că textul este prin excelență imprecis, formulat în termeni generali. Superioritatea formală a Constituției, rigiditatea sa, împiedică revizuirea ei la intervale foarte scurte și atunci interpretarea rămâne singura cale de adoptare a conținutului normativ, de regulă mai vechi, la realitatea socială aflată în permanentă schimbare. Sensul normelor constituționale fiind prin însăși natura lor, acela de maximă generalitate, determinarea sa exactă depinde de voința interpretului”¹⁰.

Justificarea științifică a interpretării rezultă din necesitatea de a asigura efectivitate normelor cuprinse atât în Constituție cât și în legi, prin intermediul unor instituții care desfășoară în principal activitatea de interpretare a normelor edictate de autor.

Aceste instituții sunt în primul rând instanțele judecătorești și cele constituționale.

Verificarea conformității unui act normativ cu normele constituționale, instituție care reprezintă controlul de constituționalitate al legilor, nu înseamnă o comparație formală sau o juxtapunere mecanică a celor două categorii de norme, ci o operă complexă bazată pe tehnicile și procedeele de interpretare atât a legii cât și a Constituției.

Prin urmare, necesitatea interpretării Constituției este o condiție a aplicării acesteia și a asigurării supremației acesteia. Controlul de constituționalitate al legilor este în esență o activitate de interpretare atât a Constituției, cât și al legii. Este necesar să existe autorități publice independente care să aibă competența de a interpreta Constituția și în acest fel de a examina conformitatea dintre lege și Constituție. În cadrul modelului european de justiție constituțională aceste autorități sunt Tribunalele și Curțile Constituționale Subliniem și rolul instanțelor judecătorești la interpretarea și aplicarea Constituției, potrivit competențelor conferite de lege.

Curtea Constituțională participă la realizarea funcției legislative în stat, dar nu ca legiuitor pozitiv, ci ca legiuitor negativ a cărui menire este să elimine „veninul de neconstituționalitate” dintr-un act normativ. De aceea, prin atribuțiile sale, Curtea nu se subrogă activității Parlamentului, deoarece modificarea, completarea sau abrogarea unei legi este un atribut exclusiv al Parlamentului.

Interpretare constructivă prin jurisprudență de către Curtea Constituțională a Legii Fundamentale rezultă și din rolul acestei instituții de a „sprijini buna funcționare a puterilor publice în cadrul raporturilor constituționale de separație, echilibru și control reciproc”. Principiul separației și echilibrului puterilor în stat cu toate criticile exprimate de unii autori rămâne fundamentul exercitării democratice a puterii statale și principala garanție constituțională a evitării excesului sau abuzului de putere din partea vreunei autorități a statului.

Relațiile dintre autoritățile statului au un caracter complex, dar care trebuie să asigure și buna funcționare a acestora cu respectarea principiului legalității și a supremației Constituției. Pentru realizarea acestui deziderat este foarte important să se mențină echilibrul statal în toate formele și variantele acestuia inclusiv ca echilibru social. Separația și echilibrul puterilor nu mai privește doar puterile clasice (legislativă, executivă și judecătorească). Acestor puteri li se adaugă altele care dau noi dimensiuni acestui principiu clasic. Relațiile dintre participanții la viața statală și socială pot genera și conflicte care trebuie să fie soluționate pentru a se menține echilibrul puterilor. Unele instituții se referă la litigii de drept public (Constituția Germaniei – art. 93), la conflicte de competență între stat și comunitățile autonome, sau conflicte de atribuții între puterile statului, între stat și regiuni și între regiuni (Constituția Italiei – art. 134). Constituția României vorbește de conflicte juridice de natură constituțională dintre autoritățile publice [art. 146 lit. c)] și reglementează funcția de mediere între puterile statului pe care o exercită Președintele.

Curtea Constituțională este un important garant al separației și echilibrului puterilor statului, deoarece soluționează conflictele juridice de natură constituțională dintre autoritățile publice și prin atribuțiile pe care le are în materia controlului de constituționalitate prealabil legilor și verificarea constituționalității regulamentelor camerelor intervine în asigurarea echilibrului dintre majoritatea și minoritatea parlamentară, asigurându-se în mod efectiv dreptul opoziției de a se exprima.

Curtea Constituțională este un garant al respectării drepturilor și libertăților fundamentale. Acest rol fundamental al instanței constituționale în statul de drept este realizat prin interpretarea jurisprudențială a Constituției și a legilor. În principiu, trei sunt garanțiile esențiale de ordin constituțional privind drepturile și libertăților cetățenești instituite prin Constituție:

a) supremația Constituției; b) caracterul rigid al Constituției, c) accesul cetățenilor la controlul constituționalității legii și la controlul legalității actelor subordonate legii. În România, procedura excepției de neconstituționalitate asigură accesul indirect al cetățenilor la justiția constituțională.

Controlul judecătoresc reprezintă o importantă modalitate de garantare a supremației Legii fundamentale, deoarece prin natura atribuțiilor pe care le au instanțele judecătorești interpretează și aplică legea, ceea ce implică și obligația de a analiza conformitatea actelor juridice supuse controlului judecătoresc cu normele Constituției. Prin urmare instanțele judecătorești au competențe în materia justiției constituționale. Avem în vedere nu numai obligația generală a judecătorului de a respecta și aplica normele Constituției sau atribuțiile conferite de lege pentru a sesiza instanța constituțională cu o excepție de neconstituționalitate, ci în mod deosebit posibilitatea de a cenzura un act juridic sub aspectul constituționalității

¹⁰ Muraru I., Constantinescu M., Tănăsescu E.S., Enache M., Iancu Gh., *Interpretarea Constituției. Doctrină și practică*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 67.

Un act juridic neconstituțional este un act emis cu exces de putere. Neconstituționalitatea unui act juridic poate fi constată de către o instanță de judecată, dacă sunt îndeplinite cumulativ următoarele condiții:

1. instanța să își exercite atribuțiile în limitele competenței prevăzute de lege; 2. actul juridic poate fi individual sau normativ, poate avea un caracter obligatoriu ori facultativ; 3. să nu existe în cauză competența exclusivă a Curții Constituționale de a se pronunța asupra constituționalității actului juridic; 4. soluționarea cauzei să depindă de actul juridic ce este criticat pentru neconstituționalitate; 5. să existe o motivație pertinentă, suficientă și rezonabilă a instanței privind neconstituționalitatea actului juridic. În cazul îndeplinirii cumulative a acestor condiții nu sunt depășite limitele atribuțiilor instanțelor judecătorești, ci, dimpotrivă, se aplică principiul supremației Constituției și se dă eficiență rolului judecătorului de a aplica și interpreta corect legea. O astfel de soluție este justificată și în raport cu rolul judecătorului în statul de drept: acela de a interpreta și aplica legea.

Realizarea acestei misiuni constituționale, deosebit de importante și dificile în același timp, impune judecătorului să aplice legea respectând principiul supremației Constituției, prin urmare de a controla constituționalitatea actelor juridice care formează obiectul litigiului dedus judecății sau care se aplică soluționării cauzei. Aplicarea actelor juridice se realizează de judecător ținând cont de forța lor juridică și cu respectarea principiului supremației Constituției. În acest sens trebuie menționate și dispozițiile art. 4 alin. (1) din Legea nr. 303/2004 care obligă magistrații ca prin întreaga lor activitate să asigure supremația legii.

O altă problemă este aceea de a ști care sunt soluțiile pe care instanțele judecătorești le pot pronunța, cu respectarea condițiilor mai sus arătate, atunci când constată neconstituționalitatea unui act juridic. Pot exista două situații: Într-o primă ipoteză, instanțele pot fi investite direct cu verificarea legalității unui act juridic, așa cum este cazul instanțelor de contencios administrativ. În acest caz, instanțele judecătorești pot constata prin hotărâre nulitatea absolută a actelor juridice, pe motiv de neconstituționalitate. Cealaltă situație are în vedere ipoteza în care instanțele nu sunt investite în mod nemijlocit cu verificarea actului juridic criticat pentru neconstituționalitate, dar acel act juridic se aplică în soluționarea cauzei dedusă judecății. În acest caz, instanțele nu mai pot dispune anularea actului juridic neconstituțional, însă nu îl vor mai aplica pentru soluționarea cauzei.

IV. Aspecte ale jurisprudenței Curții Constituționale privind competența sa materială

Instanța constituțională a interpretat noțiunea de „lege” pentru a stabili sfera competenței controlului de constituționalitate asupra actelor normative. În jurisprudență s-a menționat că termenul de „lege” prevăzut la art. 146 lit. b) din Constituție nu este folosit în sens larg cuprinzând toate actele normative, ci doar în sensul său strict, de lege, prin care se înțelege actul normativ adoptat de Parlament și promulgat de Președintele României. Totodată, în această sferă sunt incluse și ordonanțele care reprezintă acte normative adoptate de Guvern pe baza unei delegări legislative”. Conceptul de lege rezultă din îmbinarea criteriului formal cu cel material, întrucât conținutul legii este determinat de importanța acordată de legiuitor aspectelor reglementate... soluționarea excepției de neconstituționalitate privind alte acte normative nu este de competența Curții Constituționale, aceste acte fiind controlate sub aspectul legalității, de instanțele de contencios administrativ¹¹. Este importantă această decizie a Curții Constituționale, deoarece rezultă că instanțele judecătorești, în mod deosebit cele de contencios administrativ în raport cu normele legale de competență, pot verifica legalitatea unui act normativ inclusiv sub aspectul constituționalității sale.

Curtea a stabilit că rolul său este acela de a stabili că prevederile de lege criticate sunt constituționale și totodată, dacă interpretările ce se dau acestora respectă exigențele Constituției, astfel că, în măsura în care textului de lege criticat i se poate conferi o interpretare constituțională, Curtea va constata constituționalitatea dispoziției legale în această interpretare și va exclude de la aplicare orice alte interpretări posibile¹². Această soluție a instanței noastre constituționale este importantă pentru că legitimează, din punct de vedere constituțional, așa numitele decizii interpretative ale Curții prin care textul de lege criticat pentru neconstituționalitate nu este înlăturat, ci interpretat în sensul normelor constituționale pentru a produce efecte juridice.

În mod constant, în jurisprudența sa, Curtea Constituțională a statuat că nu are competența să controleze fapte materializate în acțiuni sau inacțiuni, ci numai „conformitatea extrinsecă și intrinsecă a actului normativ adoptat cu Constituția”¹³. În legătură cu sfera competenței Curții Constituționale de a exercita controlul de constituționalitate *a priori* asupra legilor, mai ales în situația în care se solicită verificarea constituționalității printr-un act normativ modificator al unei legi s-a statuat în jurisprudență că „În conformitate cu art. 146 lit. a) din Constituție, controlul de constituționalitate *a priori* se exercită de către Curtea Constituțională numai asupra legilor înainte de promulgarea acestora, iar nu și asupra dispozițiilor unor legi în vigoare. Indiferent de conexiunile ce se pot face între textul modificator și textul modificat, Curtea Constituțională, în temeiul art. 146 lit. a) din Constituție, nu se poate pronunța în cadrul controlului *a priori* decât asupra textului modificator al legii care urmează să fie supusă promulgării și nu poate extinde controlul de neconstituționalitate și asupra textului modificat dintr-o lege în vigoare”¹⁴.

¹¹ Decizia nr. 435 din 13 septembrie 2005, publicată în M. Of. nr. 924 din 17 octombrie 2005.

¹² Decizia nr. 223 din 13 martie 2012, publicată în M. Of. nr. 256 din 18 aprilie 2012; Decizia nr. 448 din 29 octombrie 2013, publicată în M. Of. nr. 5 din 7 ianuarie 2014.

¹³ Decizia nr. 1237 din 6 octombrie 2010, publicată în M. Of. nr. 785 din 24 noiembrie 2010.

¹⁴ Decizia nr. 498 din 8 iunie 2006, publicată în M. Of. nr. 554 din 27 iunie 2006.

Decizia nr. 799 din 17 iunie 2011 a Curții Constituționale este importantă pentru că a stabilit competența acestei instanțe de a se pronunța asupra constituționalității legii de revizuire adoptată de Parlament mai înainte de a fi supusă referendumului. În acest sens a statuat că „Este necesar ca legea de revizuire adoptată de Parlament, înainte de a fi supusă referendumului, în condițiile art. 151 alin. 3 din Legea fundamentală să fie examinată de Curtea Constituțională pentru a constata, pe de o parte, dacă a fost respectată decizia Curții privind proiectul de lege sau propunerea de revizuire a Constituției și, pe de altă parte, dacă modificările și completările aduse proiectului sau propunerii de revizuire în procedura de dezbatere și adoptare parlamentară respectă dispozițiile constituționale referitoare la revizuire”¹⁵.

Mai multe decizii au fost pronunțate de instanța noastră constituțională în legătură cu stabilirea competenței sale de a se pronunța asupra constituționalității hotărârilor Parlamentului. Ne referim în acest sens, la un aspect important care rezultă din jurisprudență în legătură cu sfera controlului de constituționalitate în această materie. În acest sens, Curtea Constituțională a statuat în mod constant că pot fi supuse controlului de constituționalitate numai hotărârile Parlamentului, adoptate după conferirea acestei competențe de către legiuitor, care afectează valori, reguli și principii constituționale sau, după caz, organizarea și funcționarea autorităților și instituțiilor de rang constituțional¹⁶.

Totodată, Curtea Constituțională a arătat că atribuția de control a hotărârilor Parlamentului „constituie o expresie a exigențelor statului de drept și o garanție a drepturilor și libertăților fundamentale...lipsa controlului jurisdicțional echivalează cu o transformare a majorității parlamentare în judecători a propriilor acte”¹⁷. În același sens, s-a afirmat că acceptarea tezei contrare, cu consecința excluderii de la exercitarea controlului de constituționalitate a hotărârilor Parlamentului date cu încălcarea dispozițiilor exprese ale legii, ar avea drept consecință, plasarea organului reprezentativ suprem al poporului – Parlamentul – deasupra legii și acceptarea ideii că tocmai autoritatea legitimată constituțional să adopte legile le poate încălca fără a putea fi în vreun fel sancționată¹⁸.

Una dintre problemele importante care au format obiectul analizei Curții Constituționale se referă la competența acestei instanțe de a se pronunța asupra conformității unui act normativ cu un act juridic al instituțiilor Uniunii Europene. În acest sens, în mod constant s-a arătat în jurisprudență că instanța constituțională nu are competența de a efectua un control de conformitate între o directivă și actul normativ național prin care aceasta este transpusă. O eventuală neconformitate a actului național cu cel european nu atrage, în mod implicit, neconstituționalitatea actului național de transpunere. Revine legiuitorului competența de a conferi o protecție mai mare în dreptul național față de instrumentele juridice a Uniunii Europene¹⁹.

În legătură cu verificarea constituționalității deciziilor pronunțate de Înalta Curtea de Casație și Justiție în soluționarea recursurilor în interesul legii, Curtea Constituțională a statuat în jurisprudența sa că, potrivit normelor legale în vigoare, nu are o astfel de competență²⁰. Cu toate acestea, în situația în care, printr-o decizie pronunțată într-un recurs în interesul legii sedă unui text legal o anumită interpretare, nu este de natură a exclude competența Curții Constituționale de a analiza textul în cauză, în interpretarea dată de instanța supremă. „Din perspectiva raportării la prevederile Constituției, Curtea Constituțională verifică constituționalitatea textelor legale aplicabile, în interpretarea consacrată prin recursurile în interesul legii. A admite o teză contrară, contravine însăși rațiunii existenței Curții Constituționale, care și-ar nega rolul său constituțional, acceptând ca un text legal să se aplice în limite ce ar intra în coliziune cu legea fundamentală”²¹.

Jurisprudența a stabilit că instanța de contencios constituțional poate decide în legătură cu constituționalitatea unei norme de abrogare, în condițiile în care, pe de o parte, prezumția de constituționalitate a legii, este o prezumție relativă, iar pe de altă parte, prevederile Legii nr. 24/2000 stabilesc că nu este posibil ca prin abrogarea unui act de abrogare anterior să se repună în vigoare actul normativ inițial²².

În ceea ce privește competența Curții Constituționale de a soluționa conflictele juridice de natură constituțională, au fost pronunțate mai multe decizii relevante. Un prim aspect îl reprezintă definiția conferită de Curtea Constituțională conflictului juridic de natură constituțională: „Conflictul juridic de natură constituțională presupune acte sau acțiuni concrete prin care o autoritate sau mai multe își arogă puteri, atribuții sau competențe care, potrivit Constituției, aparțin altor autorități publice ori omisiunea unor autorități publice, constând în declinarea competenței sau în refuzul de a îndeplini anumite acte care intră în obligațiile lor”. Prin urmare, potrivit jurisprudenței curții,

¹⁵ Decizia nr. 799 din 17 iunie 2011 asupra proiectului de lege privind revizuirea Constituției României, publicată în M. Of. nr. 440 din 23 iunie 2011.

¹⁶ Decizia nr. 53 din 25 ianuarie 2011, publicată în M. Of. nr. 90 din 3 februarie 2011. A se vedea și: Decizia nr. 54 din 25 ianuarie 2011, publicată în M. Of. nr. 90 din 3 februarie 2011; Decizia nr. 307 din 28 martie 2012, publicată în M. Of. nr. 293 din 4 mai 2012; Decizia nr. 783 din 26 septembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 684 din 3 octombrie 2012.

¹⁷ Decizia nr. 727 din 9 iulie 2012, publicată în M. Of. nr. 477 din 12 iulie 2012; Decizia nr. 80 din 16 februarie 2014, publicată în M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014.

¹⁸ Decizia nr. 251 din 30 aprilie 2014, publicată în M. Of. nr. 376 din 21 mai 2014.

¹⁹ Decizia nr. 415 din 7 aprilie 2011, publicată în M. Of. nr. 471 din 5 iulie 2011.

²⁰ Decizia nr. 778 din 16 iunie 2011, publicată în M. Of. nr. 668 din 20 septembrie 2011.

²¹ Decizia nr. 854 din 23 iunie 2011, publicată în M. Of. nr. 672 din 21 septembrie 2011.

²² Decizia nr. 20 din 2 februarie 2000, publicată în M. Of. nr. 72 din 18 februarie 2000.

conflictele juridice de natură constituțională nu se limitează numai la conflictele de competență pozitive sau negative, care ar putea crea blocaje instituționale, ci vizează orice situații juridice conflictuale a căror naștere rezidă în mod direct în textul Constituției²³.

Jurisprudența a stabilit că în categoria autorităților publice care sunt susceptibile de a fi părți implicate într-un conflict juridic de natură constituțională, nu se încadrează partidele politice, persoanele publice de drept public, care potrivit prevederilor art. 8 alin.2 din Legea fundamentală, contribuie la definirea și exprimarea voinței politice a cetățenilor. Așadar, în opinia Curții Constituționale, partidele politice nu sunt autorități publice. De asemenea, nici grupurile parlamentare nu sunt autorități publice, ci structuri ale camerelor Parlamentului. „Un eventual conflict între un partid politic sau un grup parlamentar și o autoritate publică nu intră în categoria conflictelor a căror soluționare este dată în competența Curții Constituționale de art. 146 lit. a) din Constituție”²⁴.

Prin aceeași decizie, Curtea Constituțională a statuat că opiniile, judecățile de valoare sau afirmațiile titularului unui mandat de demnitate publică – așa cum este Președintele României, ori cum este conducătorul unei autorități publice – referitoare la alte autorități publice nu constituie prin ele însele conflicte juridice între autoritățile publice deoarece nu pot declanșa blocaje instituționale, dacă nu sunt urmate de acțiuni sau inacțiuni de natură să împiedice îndeplinirea atribuțiilor constituționale ale acestor autorități publice.

V. Unele concluzii

În opinia noastră este necesar ca rolul Curții Constituționale de garant al Legii fundamentale să fie amplificat prin noi atribuții cu scopul de a limita excesul de putere al autorităților statului. Proportionalitatea este un principiu fundamental al dreptului consacrat explicit în reglementări constituționale, legislative și instrumente juridice internaționale. Este bazat pe valorile dreptului rațional ale justiției și echității și exprimă existența unui raport echilibrat sau adecvat între acțiuni, situații, fenomene, fiind un criteriu pentru limitarea măsurilor dispuse de autoritățile statului la ceea ce este necesar pentru atingerea unui scop legitim. Proportionalitatea este un principiu de bază al dreptului Uniunii Europene²⁵.

Este util, într-o viitoare revizuire a legii fundamentale, ca la art. 1 din Constituție să se adauge un nou alineat care să prevadă că „Exercitarea puterii statale trebuie să fie proporțională și nediscriminatorie”. Această nouă reglementare constituțională s-ar constitui ca o veritabilă obligație constituțională pentru toate autoritățile statului, de a-și exercita atribuțiile în așa fel încât măsurile adoptate să se înscrie în limitele puterii discreționare recunoscute de lege. Totodată se creează posibilitatea pentru Curtea Constituțională de a sancționa pe calea controlului de constituționalitate al legilor și ordonanțelor excesul de putere în activitatea Parlamentului și a Guvernului, folosind drept criteriu principiul proporționalității.

În atribuțiile Curții Constituționale poate fi inclusă aceea de a se pronunța asupra constituționalității actelor administrative exceptate de la controlul de legalitate al instanțelor de contencios administrativ. Această categorie de acte administrative, la care se referă art. 126 alin. 6 din Constituție și dispozițiile Legii nr. 544/2004 a contenciosului-administrativ sunt deosebit de importante pentru întregul sistem social și statal. Prin urmare este necesar un control de constituționalitate deoarece în lipsa acestuia puterea discreționară a autorității administrative emitente este nelimitată cu consecința posibilității restrângerii excesive a exercițiului drepturilor și libertăților fundamentale sau a încălcării unor valori constituționale importante. Pentru aceleași argumente ar trebui ca instanța noastră constituțională să poată controla sub aspectul constituționalității și decretele Președintelui de instituire a procedurii referendumului.

Înalta Curte de Casație și Justiție are competența, să adopte decizii în procedura recursului în interesul legii care sunt obligatorii pentru instanțe. În lipsa oricărui control de legalitate sau constituționalitate practica a demonstrat că în unele situații instanța supremă și-a depășit atribuția de a interpreta legea, și prin astfel de decizii a modificat sau completat acte normative comportându-se ca un veritabil legiuitor încălcând astfel principiul separației puterilor în stat²⁶. În aceste condiții, cu scopul de a evita excesul de putere al instanței supreme, considerăm că se impune a se atribui Curții Constituționale competența de a se pronunța asupra constituționalității deciziilor Înaltei Curți de Casație și Justiție adoptate în procedura recursului în interesul legii.

²³ Decizia nr. 901 din 17 iunie 2009, publicată în M. Of. nr. 503 din 21 iulie 2009.

²⁴ Decizia nr. 53 din 28 ianuarie 2005, publicată în M. Of. nr. 144 din 17 februarie 2005.

²⁵ Pentru dezvoltări a se vedea Andreescu M., *Proportionalitatea, principiu al dreptului Uniunii Europene*, în Curierul Judiciar nr. 10/2010, pp. 593-598.

²⁶ Pentru dezvoltări a se vedea Andreescu M., *Constituționalitatea recursului în interesul legii și ale deciziilor pronunțate*, în Curierul Judiciar nr. 1/2011, pp. 32-36. și M. Andreescu, A. Puran, *Drept constituțional. Teoria generală a statului*, Ed. C.H. Beck, București, 2018, pp. 189-192.

DREPT RAȚIONAL, DREPT POZITIV ȘI JURISPRUDENȚĂ ÎN DOCTRINA JURIDICĂ

Rational Law, Positive Law and Jurisprudence in Legal Doctrine

Viorel MIULESCU*

Rezumat: *Fenomenul juridic are loc în și prin activitatea conștientă și voluntară a oamenilor. Dar această activitate nu se petrece împotriva a ceea ce înseamnă rațional, firesc în acțiunea umană. Prin urmare, fenomenul juridic se constituie și se desfășoară conform unor legi obiective, pe care le putem descoperi cercetând tocmai în ceea ce este rațional și firesc în multitudinea acțiunilor juridice.*

Cuvinte-cheie: *Fenomen juridic, acțiune juridică, drept rațional, drept pozitiv, jurisprudență.*

Abstract: *The juridical phenomenon also takes place with people having a conscious and voluntary activity. But this activity doesn't occur against what is rational and natural in human activity. Therefore, the juridical phenomenon is constituted and takes place according to objective laws, which we can discover by looking for precisely what is rational and normal in the many juridical actions.*

Keywords: *juridical phenomenon, juridical action, rational law, positive law, jurisprudence.*

Știința teoretică a dreptului este o alcătuire de științe numite științe juridice. Prin științe juridice înțelegem științele care au ca domeniu de cercetare epistemică dreptul, așa cum apare acesta în forma lui pozitivă¹. Pentru ele dreptul pozitiv este referent, tot așa cum psihicul este referent al psihologiei, viața economică – referent pentru economia politică, societatea – referent al sociologiei etc. Științele juridice sunt științe socio-umane. Constituirea lor este parte integrantă a constituirii științelor în sens propriu în sec. XIX-XX.

Știința dreptului (științele juridice) studiază legile existenței și dezvoltarea statului și dreptului, instituțiile politice și juridice, formele lor concret-istorice, relația cu celelalte componente ale sistemului social, modul în care instituțiile politico-juridice influențează societatea și suportă la rândul lor, influența socială².

Știința juridică, în accepțiunea actuală a termenului de știință, a prins contur și a intrat într-un rapid proces de autonomizare de corpul filosofiei sociale la mijlocul secolului al XIX-lea, prin contribuțiile lui Rudolf von Ihering, apoi A. Merkel și Fr. Gény. În secolul al XIX-lea se constituie știința despre dreptul material civil (francez, român, rus, german etc.), știința despre dreptul material penal (italian, român, german etc.), știința despre dreptul material administrativ (spaniol, austriac, german, francez, român etc.). Nu există o știință despre dreptul civil sau a dreptului penal sau a dreptului administrativ sau a dreptului constituțional etc., în universalitatea lor, căci reglementările civile, penale, administrative, constituționale din sutele de sisteme de drept pozitiv diferă între ele și sunt într-o permanentă modificare, sub impactul schimbărilor din societatea concretă.

Totodată, nu toate științele juridice se află azi pe același nivel de cunoaștere sistematică; unele sunt pe nivel empiric – cum ar fi: știința despre dreptul internațional public, știința despre dreptul bancar, știința despre dreptul cosmic, știința despre dreptul penal internațional, știința despre dreptul asigurărilor etc. Altele, dimpotrivă, se apropie de nivelul teoretic – știința despre dreptul constituțional român, știința despre dreptul civil român, știința despre dreptul penal român. De asemenea, distingem nivelul maxim de generalitate și abstracțiune, cel al Teoriei generale a dreptului (român) și nivelul de generalitate și abstracțiune mai mică a celorlalte științe juridice, zise particulare – de ramură, de subramură.

Indiferent de nivel, nici o știință juridică nu este concretă, în sensul surprinderii senzoriale nemijlocite a realităților cercetate; infracțiunea cutare, fapta juridică x, obligația cutare nu sunt nici vizibile, nici palpabile. Noi putem vedea un efect material al infracțiunii, putem auzi frazele rostite de cineva, putem pipăi hârtia pe care e scris ceva, dar semnificațiile de infracțiune, faptă juridică, obligație nu pot fi decât gândite.

Fenomenul juridic are loc în și prin activitatea conștientă și voluntară a oamenilor. Dar această activitate nu se petrece împotriva a ceea ce înseamnă rațional, firesc în acțiunea umană. Prin urmare, fenomenul juridic se constituie și se desfășoară conform unor legi obiective, pe care le putem descoperi cercetând tocmai în ceea ce este rațional și firesc în multitudinea acțiunilor juridice.

* Lector universitar doctor, Facultatea de Științe Juridice, Politice și Administrative, Universitatea „Spiru Haret”; membru al Asociației de Filosofie Socială și Filosofia Dreptului; e-mail: viorelmiulescu@yahoo.com.

¹ Gheorghe C. Mihai, *Teoria dreptului*, ed. a 2-a, Ed. All Beck, București, 2004, p. 17-21.

² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1997, p. 17-21.

În țara noastră științele juridice au ca domeniu de cercetare fie întregimea dreptului pozitiv român, fie o ramură a acestuia. Cu excepția *Filosofiei dreptului*, care privește *determinarea naturii dreptului, în universalitatea lui conceptuală, principiile care îl întemeiază și legile evoluției lui*³, științele juridice depind în concluziile lor de starea și mișcarea dreptului pozitiv la care se referă. Sunt instituții care există într-o ramură de drept pozitiv și nu există în alta, sunt ramuri, subramuri sau instituții juridice care există într-un drept pozitiv și nu există în altul, sunt acte normative care se abrogă în tot sau în parte, în aceeași ramură de drept pozitiv. În consecință, o teorie sau o ipoteză pot avea confirmare într-un drept pozitiv acum și aici și nu mai pot avea într-un moment ulterior; reglementările juridice civile franceze – referentul științei dreptului civil francez – nu sunt identice nici cu cele germane, nici cu românești. În consecință, concluziile teoreticienilor francezi sunt verificabile și aplicabile în practica juridică din Franța și nu în România.

Una din condițiile de existență ale unei științe este stabilirea metodei de cercetare (de cunoaștere).

Metoda științifică este mijlocul rațional (constituit din principii operaționale și din reguli care definesc tehnicile) necesar obținerii de cunoștințe teoretice adevărate despre domeniul investigat. Prin termenul „necesar” se înțelege că în absența metodei obținerea de cunoștințe adevărate este aleatorie, întâmplătoare. O metodă nu poate fi utilă dacă nu corespunde legilor specifice domeniului investigat. Astfel, metoda experimentului nu corespunde domeniului algebrei lineare, metoda demonstrației nu corespunde domeniului politologiei etc.

Analiza este activitate intelectuală care se desfășoară prin raționamente. Aceste raționamente pot fi inductive sau deductive. Sub aspectul conținutului, analiza poate fi calitativă sau cantitativă. Analiza calitativă cercetează fenomenele juridice în complexitatea lor, reliefând nuanțe, variabilități cu ajutorul cunoștințelor de istorie, filosofie, sociologie, psihologie. Analiza cantitativă ține seama de dimensiunea cuantificabilă a fenomenelor juridice. În acest scop se recurge la statistică pentru a ajunge la concluzii utile practicii judiciare și legislative.

După modul în care investighează desfășurarea fenomenelor juridice, analiza poate fi statică sau dinamică. Prin analiza statică realitatea dreptului se „fotografiază”; ceea ce rezultă este un model despre dreptul la un moment dat și în limite spațiale determinate. Prin analiza dinamică, dimpotrivă, realitatea juridică este „filmată” surprinzându-se evoluția dreptului în spațiu și în timp.

Concluziile obținute prin cercetarea în detaliu a realității dreptului, a unui sistem de drept, a unei ramuri sau instituții de drept, constituie premisele pentru raționamentele de sinteză. Sinteza este metoda prin care sunt reunite mintal cunoștințele realizate prin analiză și stabilirea a ceea ce este general și esențial pentru entitățile studiate, cu scopul de a descoperi legi, principii, constante ale acestora.

Prin analiză și sinteză științele juridice își sondează intelectual domeniile lor pentru ca, prin generalizări teoretice să descrie esențialul. Dar științe sociale, științele juridice nu se limitează la descrierea domeniului, ci îl și evaluează, adoptă o atitudine de critică rațională a lui, propunând schimbări care să contribuie la perfecționarea sistemului de drept⁴.

Mircea Djuvara a fost, în primul rând, un teoretician al dreptului. În *Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică)* interesul său s-a concentrat asupra surprinderii particularităților dreptului, adică a urmărit să evidențieze ceea ce este esențial diferitelor domenii ale acestuia, regăsindu-se în toate manifestările lui. Enciclopedia juridică analizează componentele dreptului și evidențiază constantele comune tuturor ramurilor acestuia dintr-o perspectivă, pe care să o numim „interioară” (juridică)⁵. Rezultatul ei se concretizează într-o imagine a dreptului obținută prin generalizarea cunoștințelor puse la dispoziție de disciplinele care studiază diferitele ramuri ale dreptului. Este semnalată, de asemenea, posibilitatea și necesitatea analizei dreptului dintr-o perspectivă „exterioară”, cea realizată de filosofia dreptului, care, după părerea profesorului, îmbrățișează toate problemele mari ale dreptului, toate problemele de legislație, de sociologie, de psihologie, de istorie ce se ridică în legătură cu dreptul⁶. Filosofia dreptului constituie unul dintre elementele indispensabile ale culturii, este mijlocul prin care se constituie și progresează știința dreptului. Kant și criticismul său vor fi punctul de referință al concepției sale; celălalt va fi dat de cercetarea pozitivă, mai ales cea provenind din sociologie și psihologie. „Numai aparent – apreciază Vasile Morar – cele două surse sunt incompatibile: fundamentul aprioric al cunoștinței juridice nu exclude, ci presupune o explicație adâncită de ordin empiric a dreptului ca fapt. Dreptul va fi astfel, simultan, atât o disciplină filosofică cât și una științifică, iar funcția explicativă și cea normativă vor fi dublu legitimate”⁷.

Cu toate că în conținutul termenului drept este inclusă și semnificația obiectivă a acestuia, definită ca „regula de drept generală, care, ca atare, nu se aplică numai unei persoane, ci oricăreia care cade sub ipoteza emisă”⁸, Mircea Djuvara a acordat o atenție deosebită dreptului subiectiv, căruia i-a consacrat numeroase studii.

³ Apud Gh. Mihai, *op. cit.*, p. 19-21.

⁴ Ion Craiovan, *Filosofia dreptului sau dreptul ca filosofie*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 329-340.

⁵ Nicolae Culic, *Mircea Djuvara – teoretician și filosof al dreptului*, studiu introductiv la M. Djuvara, *Eseuri de filosofia dreptului*, Ed. Trei, București, 1997, pp. 36-39, p. 13 și urm.

⁶ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului – Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. ALL, București, 1995, p. 13.

⁷ Vasile Morar, „Precis de filosofie juridică”, în *Dicționarul operelor filosofice românești*, coordonator general Ion Ianoși, Ed. Humanitas, București, 1997, p. 162.

⁸ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului – Drept rațional, izvoare și drept pozitiv*, Ed. ALL, București, 1995, p. 229.

Pentru profesorul român, teoria generală a dreptului nu trebuie să aibă ca obiect de studiu doar dreptul pozitiv; o mai adecvată cunoaștere a dreptului trebuie să ia în considerare toate aspectele care se ridică în legătură cu el. Astfel, nu pot fi trecute cu vederea aprecierile juridice făcute independent de orice referire la dreptul pozitiv.

Respingând pozitivismul juridic, care construiește întreaga ordine juridică pe lege (cod), el consideră că în viața cotidiană, explicit sau implicit, față de orice acțiune omenească, se poate ști dacă aceasta este permisă sau nu, justă sau nu, conformă sau nu dreptului, nu însă numai dreptului pozitiv, ci și unui *drept rațional* de sine stătător. Judecata rațională precede și comandă dispoziția pozitivă. La fel, anumite concepte (persoană, drept, obligație, act juridic, autoritate) și chiar anumite principii (respectul înțelegerilor, supunerea la lege) preced din punct de vedere logic dreptul pozitiv, fiind condițiile existenței lui.

Dreptul rațional există sub forma unei serii de principii anterioare logic dreptului pozitiv pe care îl fundează. Dreptul pozitiv trebuie să dezvolte, să aplice și să organizeze principiile și normele dreptului rațional.

Dar oricâte raporturi ar avea cu dreptul rațional este vizibil că dreptul pozitiv are un caracter deosebit, o notă specifică față de cel rațional. Dreptul pozitiv, adică regulile juridice în genere impuse de cutume sau legi, este o realitate juridică de sine stătătoare, care reprezintă complexul situației realizate a dreptului, este dreptul care se aplică într-o societate dată, la un moment dat. Aplicarea se realizează de către stat, eventual și prin intermediul unei sancțiuni pe care legiuitorul găsește de cuviință s-o prescrie. Numai că, apreciază Mircea Djuvara, este o eroare să se considere că sancțiunea ar fi caracteristica dreptului pozitiv. Înțeleasă ca presiune socială, sancțiunea nu întovărășește întotdeauna regulile juridice.

Rațiunea suficientă a regulilor juridice o constituie sentimentul intelectualizat de justiție al societății respective; numai acest sentiment poate da o valoare pozitivă de drept regulilor unei legislații. Cu toate că normele dreptului pozitiv sunt impuse de o autoritate și ar putea fi judecate uneori în mod rațional ca nedrepte, impunerea lor nu se poate legitima decât pe baza unui principiu superior de justiție. Teoreticianul român atrage atenția că trebuie să se facă o deosebire între idealul de justiție, pe care oricine și-l poate face despre o stare socială de lucruri, și idealul social care servește de bază dreptului pozitiv, așa cum el se impune la un moment dat într-o anumită societate.

Funcția explicativă a noțiunii raționale de justiție, așa cum este particularizată la un moment dat de o societate, nu se referă doar la înțelegerea oricărei manifestări curente și normale a dreptului pozitiv, ci și la înțelegerea tuturor schimbărilor de orice fel pe care evoluția istorică le poate înfăptui.

La caracterizarea dreptului pozitiv se mai adaugă și „recunoașterea”, adică adeziunea socială la sistemul juridic ca atare și la competența autorității care creează norma de drept. Nu este vorba de o adeziune individuală, a fiecăruia, ci de adeziunea socializată, obiectivată, după cum nu este nevoie ca adeziunea să fie dată la fiecare dispoziție, ci numai în principiu, global⁹.

Problema dreptului pozitiv este strâns legată de aceea atât de gravă a dreptului injust. Se poate întâmpla, și aceasta foarte des, ca unele din dispozițiile dreptului pozitiv să fie injuste. Ansamblul sistematic al dreptului pozitiv trebuie să fie însă simțit ca just în elementele sale fundamentale în societatea unde se aplică. Astfel este forță pură. „Soluția juridică nedreaptă – subliniază Mircea Djuvara – nu este o soluție, este o eroare juridică. Atunci când pe baza unui text de lege – și se poate întâmpla – judecătorul se vede nevoit să facă nedreptate, atunci nu zicem că ne aflăm soluții corecte, atunci ne aflăm în fața unei erori juridice sau legislative, care caută să fie îndreptată. Atât legiferarea, cât și aplicarea dreptului, nu poate să aibă decât un singur înțeles, realizarea dreptății între oameni”¹⁰.

Prin conceptul de drept rațional care semnifică natura aprecierilor justiției acțiunilor în societate, Mircea Djuvara a propus o modalitate de soluționare a problemei sursei și valabilității dreptului pozitiv.

Rolul legii este să aplice, înainte de toate, ideea de justiție, adică de ordine rațională. Doar în limbajul cotidian se numește drept exclusiv ceea ce este consacrat de lege și prevăzut cu sancțiuni. Dar necesitățile unei abordări științifice a dreptului sunt diferite de obișnuința practică. O teorie a dreptului trebuie, după teoreticianul român, să degajeze ideea de drept și în afara legii¹¹.

La fel, Pentru Mircea Djuvara, dreptul nu se confundă cu forța, iar forța nu poate explica dreptul. Forța lămurește, în majoritatea cazurilor, modul de formare sau instituire a dreptului în societate, indicând cauzele sociale care l-au determinat, dar ea singură nu poate niciodată justifica dispozițiile juridice instituite. „Este sigur – observă el – că forța stabilește adesea dreptul pozitiv, dar acest drept nu e justificat prin forța care l-a fondat. Problema aparentă a genezei sociologice este diferită de aceea a justificării juridice”¹².

Dumitru Drăghicescu, sociolog și teoretician al dreptului, pornea de la premisa că, între drept, în devenire știință socială, și știința despre societate nu poate exista un alt raport, decât acela dintre o știință abstractă și materialul său de investigație. În opinia sa, materialul compus din legi juridice, care reprezintă viața socială fixată și cristalizată, oferă singurul mijloc de a face știință despre societate. Considera că aspectul juridic al vieții sociale reprezintă un adevărat „sociometru” care indică precis și cu fidelitate variațiile evoluției sociale. Dumitru Drăghicescu considera necesară

⁹ Paul Georgescu, *Mircea Djuvara – Un sistem de filosofie juridică*, Bucovina, I.E. Torouțiu, București, 1942, p. 29.

¹⁰ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului...*, p. 114.

¹¹ *Idem*, p. 231.

¹² Mircea Djuvara, *Le fondement du phénomène juridique*, Sirey, Paris, 1913, p. 74.

colaborarea specialiștilor din domeniul dreptului cu cei ai științelor sociale, pentru a se asigura adaptarea legilor din diferite țări, condițiilor de fapt ale dezvoltării sociale, existente la un moment dat.

În literatura românească nouă¹³ au fost analizate pe larg ideile lui Dumitru Drăghicescu interesând dreptul. În această categorie se include de exemplu, susținerea că, evoluția psihosocială constituie fundamentul rațional al legilor juridice iar știința psihologiei sociale nu poate decât să se identifice, în cele din urmă cu știința dreptului. Dumitru Drăghicescu s-a ocupat în special de raportul dintre drept, ca știință, și sociologie. El a acordat totodată atenție relației drept-economie.

O mențiune specială se cere a fi făcută în legătură cu aportul său la cercetarea raportului dintre drept, morală și religie, el subliniind că „religia inspiră morala și aceasta dreptul”. A insistat asupra comunității de esență a dreptului și moralei, sesizând interdependența și complementaritatea lor și, ajungând la concluzia că, dreptul nu se poate îndepărta de morală, până a deveni imoral. Indica drept remediu, în măsura în care legea încetează să mai fie justă, conținând prea puțină moralitate, intervenția jurisprudenței, care poate fi chemată să reînnoiască și să facă să avanseze nu numai filosofia dreptului, ci și însăși filosofia morală.

Ceea ce îmi pare, ca jurist, mai original în opera lui Drăghicescu e identitatea pe care o găsește între legile sociale și legile juridice. Conștient că se depărtează de marea majoritate a autorilor, de ceilalți sociologi, care căutau să descopere legile ce stau la baza activității juridice (al cărei produs e legislația, dreptul pozitiv în general), sociologi pentru care dreptul pozitiv e obiectul de studiu al sociologiei, Drăghicescu afirmă că „legile juridice pozitive sunt adevăratele legi ale societăților, căci în afară de ele nu există legi naturale, cari să guverneze societățile”¹⁴; „științele sunt codurile naturii cum codurile noastre [de legi] sunt științele societății noastre”¹⁵. Ba chiar afirmă că „nimănui până acum nu i-a venit în minte să privească legile juridice pozitive ca fiind adevăratele legi sociologice”¹⁶.

După Drăghicescu, dreptul depinde de etică: fie obiect de studiu științific, fie considerată psihologic, viața juridică nu se poate dispensa de noțiunile morale care servesc drept criteriu la analiza faptelor – și de această concepție Drăghicescu leagă împărțirea juriștilor dintre dat și construit (Gény), dintre regulile juridice normative și regulile constructive (Duguit) etc. Scopul dreptului e binele, binele comun, interesul general, rezultat la care se ajunge numai „grație ideii de justiție care realizează o egală libertate a tuturor, nu justiția ca egalitate mecanică, ci egalitatea între egali care e proporționalitatea cu serviciul și cu nevoia”¹⁷.

Și nu mai puțin el transformă această etică: „Dreptul se prezintă ca logicizare a moralei, cuantificare și raționalizare a elementelor pur calitative și iraționale, înghețarea căldurii activității creatoare în schematismul judecăților”; în același timp funcțiunea dreptului fiind de „a transforma cantitatea în calitate, spațialul și materialul în spiritual”¹⁸.

Între drept și morală sunt observate interdependențe, complementarități: „dreptul nu se poate realiza fără morală, tot astfel cum etica se concretizează în formule juridice”¹⁹; dreptul se diferențiază de morală prin caracterul de exterioritate și de constrângere, dar se identifică ei prin aceea că nu e decât expresia ei exterioară. concretă și prin aceea că forța sa de constrângere, sancțiunile concrete, el le atribuie prescripțiilor morale, într-atât cât acestea se exprimă în reguli, de drept, pentru a fi realizate efectiv²⁰.

Dreptul și morala tind către un concept comun: „idealul tuturor principiilor juridice este să devină tot atât de generale ca și unele prescripții ale moralei, iar idealul prescripțiilor morale este să devină tot atât de sigure și obligatorii ca și legile juridice”²¹.

Raportul dintre drept și morală capătă apropieri, dacă nu identitate, cu raportul dintre dreptul pozitiv și dreptul ideal, dintre lege și justiție („adică între justiția legii și legea justiției”), dintre justiție și iubire, dintre dreptul istoric și dreptul natural sau rațional, dintre obligație și libertate²². Dacă principiile eticii s-ar putea aplica direct, dreptul n-ar mai avea rațiune de a fi²³.

După Drăghicescu, dreptul nu se poate depărta de etică până la gradul imoral: „dreptul ca util” – ca „expresie legală a economicului” – poate fi amoral, niciodată însă imoral, formulă care corespunde pentru Drăghicescu raportului dintre util și morală²⁴; ba chiar el e totdeauna legat de morală – de multe ori, printr-o legătura subtilă,

¹³ A se vedea Barbu B. Berceanu, *Aspecte juridice din opera lui Dumitru Drăghicescu*, în Studii de drept românesc nr. 4/1994, *op. cit.*

¹⁴ D. Drăghicescu, *Raporturile dintre drept și sociologie*, București, Tip. Gutenberg, J. Gobl, 1904.

¹⁵ Id. (D. Drăghicescu), *Droit, morale et religion*, în: Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique, nr. 1-2, 1932, p. 243.

¹⁶ Id., *Raporturile...*, p. 8.

¹⁷ *Ibid.*, p. 234-235 (citatul: 235).

¹⁸ *Ibid.*, p. 236. De văzut întregul pasaj.

¹⁹ Id., *Raporturile...*, p. 6 (astfel: „ceea ce lipsește legilor juridice este caracterul de universalitate, iar ceea ce lipsește prescripțiilor morale este caracterul de sancțiune” și „socialismul n-are alt scop decât să scoabă prescripțiile moralei superioare pe terenul dreptului obligatoriu și sancțional”); id., *Droit, morale et religion*, p. 232 („ceea ce morala câștigă în elevație, pierde în puterea de realizare”; „realitatea nu comportă decât o oarecare doză de moralitate, atât cât poate impune legi, drept”).

²⁰ Id., *Droit, morale, religion*, p. 24.

²¹ Id., *Raporturile...*, p. 6.

²² Id., *Droit, morale, religion*, p. 231 și – pentru raportul justiție-iubire – 237.

²³ *Ibid.*, 233.

²⁴ *Ibid.*, p. 230; dreptul apare ca un minim de morală (*ibid.*, p. 237).

complicată sau profundă – căci „o lege care a încetat de a fi morală, pentru a deveni amorală, a devenit pur și simplu imorală”²⁵; devenind astfel un drept-cadru, el nu se mai poate menține decât printr-o intervenție de reformare²⁶. Rezultă o oarecare elasticitate a termenului de „moral”, care uneori exclude amoralul, alteori nu.

Fără îndoială, Drăghicescu observă și independența dreptului de morală. Referindu-se la fraudă și la cazuistică – formă specială a fraudei – el atrage atenția că acestea reprezintă riposta realității la tendința manifestată de drept de a se confunda cu morala sau a moralei de a se transforma pe de-a-ntregul în drept²⁷. Jurisprudența e tocmai o formă de cazuistică, o „fraudă”. „Când legea a încetat de a mai fi justă și nu conține decât prea puțină moralitate, jurisprudența poate să remedieze aici completând textul pozitiv deficitar prin considerații de justiție și de umanitate, introducând, prin urmare, moralitatea care-i lipsește. Probabilismul și ficțiunea juridică sunt în acest caz corespondentul cazuisticii și al fraudei, ele joacă un rol analog dar opus celui al cazuisticii iezuite”²⁸.

Este interesant că adesea, prin analiza științifică a fenomenului juridic, se ajunge, mai adaugă Drăghicescu, la același rezultat la care duce filosofia dreptului; mai mult, că „analiza juridică și activitatea jurisprudențială pot fi chemate să reînnoiască și să facă să avanseze nu numai filosofia dreptului, ci și filosofia morală însăși”²⁹; noțiuni ca forța majoră, abuzul de drept, actul ilicit, buna și reaua credință „pot fi precizate de cazuistica jurisprudențială”³⁰. Drăghicescu distinge deci nu numai între dreptul real și dreptul ideal, ci și între morala formulată de filosofia morală și cea – am spus – reală.

²⁵ *Ibid.*, p. 231.

²⁶ *Ibid.*, p. 235.

²⁷ *Ibid.*, p. 232.

²⁸ *Ibid.*, p. 233.

²⁹ *Ibid.*, p. 238.

³⁰ *Ibid.*, p. 238-239.

CONSIDERAȚII REFERITOARE LA RECEPTAREA ÎN DREPTUL ROMÂN A STANDARDELOR STABILITE PRIN JURISPRUDENȚA EUROPEANĂ ÎN MATERIA LIBERTĂȚII DE EXPRIMARE

Considerations Concerning The Reception in Romanian Law of Standards Established by European Jurisdiction on Freedom of Expression Matter

Carmen MOLDOVAN*

Rezumat: *Libertatea de exprimare și limitele admisibile ale exercitării sale constituie un subiect de actualitate, mai ales în contextul dezvoltării tehnologiilor de comunicare, a internetului și a rețelelor de socializare. Ca drept fundamental, este considerat un element esențial al unei societăți democratice, iar restricționarea sa trebuie să constituie o excepție.*

Prezenta lucrare nu are ca scop realizarea unei analize complete a problematicei protejării libertății de exprimare la nivel național, ci își propune trasarea sintetică a coordonatelor protejării libertății de exprimare la nivel internațional și european, completată cu succinte observații referitoare la cadrul juridic național. Protejarea efectivă a libertății de exprimare în toate componentele sale este sarcina principală a autorităților naționale, în temeiul principiului subsidiarității, astfel că acestea au obligația de a respecta și pune în aplicare principiile și standardele stabilite la nivel internațional universal și european.

Cuvintele-cheie: *exprimare, reglementare, garanții, interpretare.*

Abstract: *Freedom of expression and the permissible restrictions of its exercise are a topical issue, especially in the context of the development of communication technologies, the Internet and social networks. As a fundamental right, is considered an essential element of a democratic society, and its restriction must be an exception.*

The present paper does not aim at a comprehensive analysis of the issue of the protection of freedom of expression at national level, but proposes the synthesis of the coordinates of the protection of the freedom of expression at international and European level, supplemented with brief comments on the national legal framework. In assuring the effective protection of freedom of expression and its components national authorities have the main task, based on the principle of subsidiarity therefore they have the obligation to observe and implement the principles and standards established at the international universal and European level.

Keywords: *expression, regulation, guarantees, interpretation.*

1. Considerații introductive – aspecte actuale ale libertății de exprimare

Libertatea de exprimare are multiple valențe: este asociată cu drepturile de comunicare și cunoaște o varietate de denumiri: *liberté d'expression, freedom of expression, freedom of speech, libertate de comunicare, libertate de informare*, este descrisă ca libertate a cuvântului, libertate a presei, libertate de asociere și de întrunire, libertate academică și artistică¹, reprezintă un drept fundamental al omului ce are mai multe funcții sociale, pe cel puțin două planuri (colectiv și individual), deoarece reprezintă în același timp atât o condiție esențială a societății democratice prezente, precum și una necesară pentru existența și manifestarea libertății de gândire și pentru critica conștiinței de sine.² Statele au avut o preocupare constantă în a consacra și proteja libertatea de exprimare, ceea ce a determinat adoptarea, la nivel internațional universal și la nivel regional, a unor tratate internaționale de protejare a drepturilor fundamentale în care au fost incluse și dispoziții speciale având ca obiect libertatea de exprimare, fiind manifestată o grijă deosebită în privința stabilirii mecanismului de proiectare a conținutului libertăților de comunicare în toate statele cu o cultură constituțională sofisticată de protecție a drepturilor omului³.

Pe lângă dispozițiile din convenții cu caracter obligatoriu pentru statele părți, în cadrul organizațiilor internaționale au fost adoptate și documente *soft law*, importante pentru definirea elementelor ce constituie libertatea de exprimare și relevă atașamentul statelor pentru valorile și drepturile consacrate.

* Lector universitar, doctor, Facultatea de Drept, Universitatea „Al. I. Cuza” din Iași; e-mail: carmen.moldovan@uaic.ro.

¹ Andriantsimbazovina J., Gaudin H., Marguénaud J.-P., Rials S., Sudre F., *Dictionnaire des Droits de l'homme*, Presse Universitaire de France, Paris, 2008, p. 498-499.

² Moldovan C., *Libertatea de exprimare. Principii. Restricții. Jurisprudență*, Ed. C.H. Beck, București, 2012.

³ Schauer F., *Freedom of Expression Adjudication in Europe and America: A Case Study in Comparative Constitutional Architecture*, *Comparative Constitutional Architecture*, Harvard University, John F. Kennedy School of Government, Faculty Research Working Papers Series, February 2005, p. 4; St.J. Heyman, *Righting the Balance: An Inquiry into the Foundations and Limits of Freedom of Expression*, Boston University Law Review, Vol. 78, 1998, p. 1316.

În prezent, prezintă interes aspectele legate de interacțiunea dintre internet și dezvoltarea tehnologiilor noi, care permit transmiterea de mesaje, afirmații, materiale, articole de orice natură, peste tot în lume. Cu alte cuvinte, o anumită informație sau opinie devine accesibilă sau poate deveni accesibilă instant, indiferent de frontierele fizice. În principiu, o astfel de dezvoltare ar trebui să producă efecte benefice pentru libertatea de exprimare, care din perspectivă spațială, poate fi nelimitată.

În acest context, apare întrebarea dacă libertății de exprimare pe internet și prin intermediul internetului i se aplică alte reguli și garanții sau dacă regimul juridic este cel aplicabil exprimării off line ori potrivit mijloacelor obișnuite. În această privință, răspunsul este unul simplu și previzibil și anume, garanțiile și limitele sunt cele stabilite deja prin acte normative și hotărâri ale instanțelor interne și internaționale, pentru exercitarea libertății de exprimare prin mijloacele „tradiționale”.

Spre exemplu, la nivelul Consiliului Europei, *Recomandarea Comitetului de Miniștri către statele membre cu privire la libertatea internetului*⁴ din 2016, menționează că dispozițiile Convenției europene a drepturilor omului se aplică atât pentru discursurile offline, cât și pentru cele online și că statelor membre ale Consiliului Europei le revin obligații negative și pozitive pentru respectarea, protejarea și promovarea drepturilor și libertăților fundamentale pe internet⁵.

În sensul acestei Recomandări, noțiunea de libertate a internetului semnifică exercitarea pe internet a drepturilor omului și a libertăților fundamentale, precum și protejarea lor în conformitate cu Convenția europeană și cu Pactul internațional privind drepturile civile și politice, astfel că statele membre ale Consiliului Europei trebuie să implementeze standardele Convenției și ale Consiliului în privința internetului⁶ ce trebuie să stea la baza înțelegerii internetului și implicațiilor acestuia, de o manieră extensivă.

Un alt element de noutate care poate complica dezbaterile privind regimul juridic al libertății de exprimare este apariția categoriei numite *fake news*, noțiune de care sunt preocupate deja mai multe organisme internaționale din cadrul Organizației Națiunilor Unite, Organizației pentru Securitate și Cooperare în Europa, Uniunea Europeană, Consiliul Europei și Organizația Statelor Americane.

2. Reglementarea internațională a libertății de exprimare

La nivel european, libertatea de exprimare reprezintă un drept esențial, însă nu are cu caracter nelimitat, fiind posibilă restricționarea exercitării acestuia, în cazurile și cu respectarea condițiilor prevăzute de reglementările internaționale sau naționale. Aceste precizări sunt perfect valabile și în ceea ce privește consacrarea la nivel internațional universal a libertății de exprimare, cadrul normativ regional și cel universal fiind convergente, sens în care vom realiza o succintă trecere în revistă a principalelor elemente ale celor din urmă.

O caracteristică generală a instrumentelor juridice internaționale ce garantează libertatea de exprimare constă în structura dispoziției care le consacră normativ, în sensul că odată cu descrierea conținutului dreptului sunt reglementate și clauzele limitative ale exercitării acestuia.

Un prim document internațional de referință, ce consacră libertatea de exprimare, este *Declarația universală a drepturilor omului*⁷ care garantează în art. 19 libertatea de exprimare ca drept fundamental⁸. Pactul internațional cu

⁴ A se vedea Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom, Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd meeting of the Ministers' Deputies, disponibilă la adresa:

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa (accesat la 01 martie 2019).

⁵ Idem, par. 1.

⁶ Idem, par. 1. Comitetul de Miniștri a adoptat mai multe recomandări și declarații în domeniul libertății comunicării pe internet. Astfel, Declarația cu privire la drepturile omului și statul de drept în societatea informațională, CM (2005)56 din 13 mai 2005, recunoaște în preambul că „accesul limitat sau lipsa de acces la [tehnologiile informației și comunicației (TIC)] pot priva persoanele de capacitatea de a-și exercita pe deplin drepturile lor fundamentale”. În cuprinsul Declarației se stipulează că libertatea de exprimare, de informare și de comunicare trebuie respectată într-un mediu digital la fel ca într-un mediu non-digital și că nu trebuie supusă altor restricții decât cele prevăzute la art. 10 din Convenția europeană a drepturilor omului pentru simplul motiv că se exercită în format digital. Aceeași cerință a fost anterior precizată în cuprinsul Declarației „Libertatea comunicării pe Internet”, adoptată de Comitetul de Miniștri la 28 mai 2003, la a 840-a reuniune a Delegaților Miniștrilor, în care este menționat principiul conform căruia statele membre nu ar trebui să supună conținutul difuzat pe Internet unor restricții care le depășesc pe cele aplicabile altor mijloace de difuzare de conținut.

Recomandarea CM/Rec(2007)16 cu privire la măsurile de promovare a valorii serviciului public al internetului, adoptată în 2007 de către Comitetul Miniștrilor, a analizat probleme legate de accesibilitatea internetului și categoriile de restricții permise. Recomandarea CM/Rec(2007)11 privind promovarea libertății de exprimare și de informare în noul mediu de informare și de comunicare a subliniat ideea libertății de comunicare pe internet.

Recomandarea CM/Rec(2008)6 din 2008, a Comitetului de Miniștri cuprinde liniile directe cu privire la utilizarea și controlul filtrelor de internet pentru a exercita și a se bucura pe deplin de libertatea de exprimare și informare. Recomandarea CM/Rec(2012)3 privind protecția drepturilor omului în contextul motoarelor de căutare, adoptată la 4 aprilie 2012 subliniază că „motoarele de căutare permit publicului din întreaga lume să caute, să primească și să comunice informații, idei și alte conținuturi, și în special să aibă acces la cunoștințe, să participe la dezbateri și la procesele democratice”.

⁷ Universal Declaration on Human Rights, December 1948, G. A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810.

privire la drepturile civile și politice⁹ garantează libertatea de exprimare în art. 19, într-o formă mai detaliată decât în Declarația universală¹⁰.

Ambele texte stabilesc și limite ale exercitării libertății de exprimare. Astfel, Declarația universală stabilește prin art. 7 faptul că *fiecare persoană beneficiază de protecție împotriva instigării la discriminare*, iar dispozițiile art. 29 prevăd că drepturile garantate în cuprinsul său pot face obiectul unor restricții, pentru asigurarea recunoașterii și respectării drepturilor și libertăților altor persoane sau pentru protejarea ordinii publice, fiind consacrată pentru prima dată, protecția indirectă a persoanelor contra discursului urii (*hate speech*).

Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice cuprinde în art. 19 alin. (3) limite similare. La nivelul ONU, Comitetul Națiunilor Unite pentru Drepturile Omului (Human Rights Committee), a elaborat în 1983, *Comentariul general nr. 10 asupra libertății de exprimare: art. (19)*¹¹. Documentul conține interpretări ale noțiunii libertății de exprimare și modalitățile în care aceasta ar trebui să fie pusă în aplicare. Astfel, potrivit Comentariului, alin. (1) din art. 19 prevede protecția dreptului de a avea opinii fără ingerințe din partea statului, ceea ce trebuie interpretat în sensul inadmisibilității vreunei excepții sau restricții¹², iar alin. (2) al art. 19 din Pact se referă la componentele libertății de exprimare: libertatea de a răspândi informații și idei, libertatea de a căuta sau de a primi informații fără considerente de frontiere și indiferent de modalitatea în care sunt transmise și trebuie interpretat în sensul că nu prevede măsuri prin care să se efectueze un control asupra mijloacelor media¹³. Al treilea alineat se referă la posibilitatea restricționării libertății de exprimare, însă aceasta este permisă doar cu respectarea unor condiții restrictive, și anume: să fie prevăzute de lege, să fie urmărit un scop legitim și să fie justificate ca necesare pentru ca statul să ajungă la realizarea acelor scopuri¹⁴.

În domeniul de aplicare a art. 19 din Pactul internațional este inclusă nu doar libertatea de exprimare, ci și mijloacele tehnice prin care aceasta este exercitată, ceea ce subliniază legătura actuală foarte strânsă dintre internet și exprimare și astfel determină un nivel de protecție sporită exprimării pe internet, față de protejarea doar a libertății de exprimare¹⁵.

În legătură cu posibilitatea de restricționare a libertății de exprimare este relevant și art. 20 alin. (2), care cuprinde o clauză mai detaliată ce prevede că *susținerea urii naționale, rasiale sau religioase ce reprezintă instigare la discriminare, ostilitate sau violență va fi interzisă prin lege*. În consecință, cele peste 160 de state părți ale Pactului au obligația de a incrimina în legislația lor internă astfel de comportamente.

Urmare a evoluției tehnicii și mijloacelor de comunicare, Comentariul nr. 10 a fost înlocuit în 2011 cu *Comentariul general nr. 34 la art. 19 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice*¹⁶, în care Comitetul pentru Drepturile Omului din cadrul Organizației Națiunilor Unite a atras atenția statelor părți la Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice asupra evoluției tehnologiilor informației și comunicațiilor, cum sunt internetul și sistemele electronice mobile de diseminare a informațiilor, care au modificat comunicarea din întreaga lume și au creat o rețea globală a schimbului de idei și opinii ce nu se bazează pe intermediarii tradiționali ai mass-media¹⁷.

În schimb, Comitetul pentru Drepturile Omului prevede că statele ar trebui să ia toate măsurile pentru a proteja independența acestor noi mijloace și a asigura accesul indivizilor la ele, ceea ce reprezintă o abordare nouă din partea unor instituții internaționale, urmare a conștientizării influenței internetului în foarte multe aspecte ale interacțiunii umane și a modalităților de încheiere a raporturilor juridice din anumite domenii, inclusiv în ceea ce privește exercitarea libertății de exprimare, informare și de opinie.

⁸ Articolul 19 prevede: „Orice om are dreptul la libertatea opiniilor și exprimării; acest drept include libertatea de a avea opinii fără imixtiune din afară, precum și libertatea de a căuta, de a primi și de a răspândi informații și idei prin orice mijloace și independent de frontierele de stat”.

⁹ *International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. G.A. Res. 2200A (XXI), December 1966, 21 U.N.GAOR Supp. (No. 16), U.N. Doc. A/6316 (1966), 999 U.N.T.S. 171, intrat în vigoare la 23 martie 1976.

¹⁰ Articolul 19 din Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice prevede: „1. Nimeni nu trebuie să aibă de suferit din cauza opiniilor sale. 2. Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare; acest drept cuprinde libertatea de a căuta, de a primi și de a răspândi informații și idei de orice fel, indiferent de frontiere, sub formă orală, scrisă, tipărită ori artistică sau prin orice alt mijloc, la alegerea sa. 3. Exercițarea libertăților prevăzute la par. 2 al prezentului articol comportă obligații și răspunderi speciale. În consecință, ea poate fi supusă anumitor limitări care trebuie însă stabilite în mod expres prin lege și care sunt necesare:

a) respectării drepturilor sau reputației altora;

b) apărării securității naționale, ordinii publice, sănătății sau moralității publice”.

¹¹ *Comentariul general nr. 10 asupra libertății de exprimare: art. (19) – General Comment No. 10: freedom of expression (Art. 19)* adoptat la 29 iunie 1983. Textul este disponibil la adresa:

<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/2bb2f14bf558182ac12563ed0048df17?Opendocument> (accesat la 01 martie 2019).

¹² Pct. 1 al Comentariului.

¹³ Pct. 2 al Comentariului general.

¹⁴ Pct. 4 din Comentariul general.

¹⁵ Land M., *Toward an International Law of the Internet*, în *Harvard International Law Journal*, Vol. 54, nr. 2/2013, p. 394.

¹⁶ *Human Rights Committee*, General comment No. 34. Article 19: Freedoms of opinion and expression (CCPR/C/GC/34), 102nd session, Geneva, 11-29 iulie 2011. Textul este disponibil la adresa: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/gc34.pdf> (accesat la 01 martie 2019).

¹⁷ A se vedea par. 11 și 12 din *Comentariul general nr. 34*.

Interpretarea dispozițiilor art. 20 din Pact a fost realizată de Comitetul ONU pentru Drepturile Omului, prin *Comentariul general nr. 11 cu privire la interzicerea propagandei pentru război sau care instigă la ură națională, rasială sau religioasă*¹⁸, care la punctul 2 prevede în mod clar că interdicțiile reglementate de dispozițiile art. 20 din Pact sunt în deplină concordanță cu garantarea libertății de exprimare. *Comentariul* furnizează o viziune extensivă asupra categoriilor de acte ce constituie propagandă.

Alineatul (1) al art. 20 se referă la toate formele de propagandă ce amenință sau care au ca rezultat un act de agresiune, încălcând dispozițiile Cartei ONU referitoare la interzicerea folosirii forței. Sfera interdicției din alin. (2) al art. 20 însumează toate formele de susținere a urii rasiale, naționale sau etnice care constituie instigare la discriminare, ostilitate ori violență.

În același timp se fac precizări și cu privire la actele excluse din sfera art. 20 din Pact: militarea pentru dreptul suveran al statelor la legitimă apărare, exercitarea dreptului la autodeterminare. Spre deosebire de *Comentariul general nr. 10*, *Comentariul general nr. 11* prevede pentru state obligația reglementării normative a actelor de propagandă și stabilirea de sancțiuni în cazul încălcării lor¹⁹.

Clauze similare de restricționare a exercițiului libertății de exprimare sunt prevăzute în cadrul Convenției europene a drepturilor omului și în Convenția americană a drepturilor omului, iar Convenția pentru eliminarea tuturor formelor de discriminare rasială conține clauze mai detaliate.

În ceea ce privește sistemul juridic român, în temeiul dispozițiilor cuprinse în art. 11²⁰ din Constituția României²¹, Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice este un tratat internațional obligatoriu pentru statul român, care a devenit parte la acesta în anul 1974²² și, în consecință, România trebuie să respecte obligațiile care îi revin potrivit dispozițiilor sale.

3. Reglementarea europeană a libertății de exprimare

La nivel european, libertatea de exprimare reprezintă un drept fundamental de referință, iar cel mai important act normativ a fost adoptat în cadrul Consiliului Europei – Convenția europeană a drepturilor omului²³, care garantează libertatea de exprimare în art. 10²⁴, în principal, articol cu privire la care Curtea Europeană a Drepturilor Omului are o jurisprudență foarte bogată.

În reglementarea din Convenția europeană, libertatea de exprimare are, de asemenea, caracter relativ, ce rezultă din menționarea în cadrul Convenției a mai multor categorii de restricții sau limitări ce pot fi stabilite în exercitarea acestui drept fundamental de către autoritățile interne. Convenția europeană nu conține o astfel de prevedere expresă,

¹⁸ *General Comment No. 11: Prohibition of propaganda for war and inciting national, racial or religious hatred (Art. 20)*, adoptat la 29 iulie 1983. Text disponibil la adresa:

<http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/%28Symbol%29/60dcfa23f32d3feac12563ed00491355?Opendocument>, (accesat la 01 martie 2019); Schmidt M.G., Vojtovic R.L., *Holocaust Denial and Freedom of Expression*, în *The Jurisprudence of Human Rights Law: A Comparative Interpretative Approach*, Orlin Th.S., Rosas A., Scheinin M., (ed.), Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, Turku/Åbo, 2000, p. 153.

¹⁹ A se vedea pct. 2 din *Comentariul general nr. 11*.

²⁰ Articolul 11 „Dreptul internațional și dreptul intern” din Constituția României prevede: „(1) Statul român se obligă să îndeplinească întocmai și cu bună-credință obligațiile ce i revin din tratatele la care este parte. (2) Tratatul ratificate de Parlament, potrivit legii, fac parte din dreptul intern. (3) În cazul în care un tratat la care România urmează să devină parte cuprinde dispoziții contrare Constituției, ratificarea lui poate avea loc numai după revizuirea Constituției”.

²¹ *Constituția României*, modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, (M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003); republicată, cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare, în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003. Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003 a fost aprobată prin referendumul național din 18-19 octombrie 2003 și a intrat în vigoare la data de 29 octombrie 2003, data publicării în Monitorul Oficial a Hotărârii Curții Constituționale nr. 3 din 22 octombrie 2003 pentru confirmarea rezultatului referendumului național din 18-19 octombrie 2003 privind Legea de revizuire a Constituției României. Constituția României, în forma inițială, a fost publicată în M. Of. nr. 233 din 21 noiembrie 1991 și a intrat în vigoare în urma aprobării ei prin referendumul național din 8 decembrie 1991.

²² *Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice* a fost adoptat și deschis spre semnare de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la 16 decembrie 1966. A intrat în vigoare la 23 martie 1976, conform art. 49, pentru toate dispozițiile, cu excepția celor de la art. 41; la 28 martie au intrat în vigoare dispozițiile de la art. 41. Statul român l-a ratificat prin Decretul nr. 212 din 31 octombrie 1974 pentru ratificarea Pactului internațional cu privire la drepturile economice, sociale și culturale și Pactului internațional cu privire la drepturile civile și politice (B. Of. nr. 146 din 20 noiembrie 1974).

²³ Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (cunoscută sub denumirea Convenția europeană a drepturilor omului) a fost adoptată în cadrul Consiliului Europei, la Roma, la 4 noiembrie 1950, și a intrat în vigoare la 3 septembrie 1953. România a ratificat Convenția la 20 iunie 1994 prin Legea nr. 30/1994 (M. Of. nr. 135 din 31 mai 1994).

²⁴ Articolul 10 prevede: „1. Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept cuprinde libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații ori idei fără amestecul autorităților publice și fără a ține seama de frontiere. Prezentul articol nu împiedică statele să supună societățile de radiodifuziune, de cinematografie sau de televiziune unui regim de autorizare. 2. Exercițarea acestor libertăți ce comportă îndatoriri și responsabilități poate fi supusă unor formalități, condiții, restrângeri sau sancțiuni prevăzute de lege care, într-o societate democratică, constituie măsuri necesare pentru securitatea națională, integritatea teritorială sau siguranța publică, apărarea ordinii și prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, a moralei, a reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea informațiilor confidențiale sau pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești”.

dar în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului s-a statuat că dispozițiile art. 10 implică libertatea tuturor formelor de exprimare²⁵.

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia libertății de exprimare are ca punct central principiul asigurării libertății de exprimare, restricțiile și limitările prevăzute la parag. 2 având caracter de excepție. Un loc important între hotărârile Curții în materia libertății de exprimare îl ocupă libertatea presei, componentă esențială a societății democratice.

Hotărârile Curții sunt date în general în urma unei aprecieri *in concreto*, pe baze factuale ale fiecărui caz. Una dintre caracteristicile importante ale jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului este reprezentată de interpretarea evolutivă, ce presupune analiza garanțiilor drepturilor și libertăților protejate în contextul actual de la data soluționării cauzei, luând în considerare evoluția termenilor, concepțiilor și a schimbărilor din societate. Cu alte cuvinte, Curtea are în vedere înțelesul unor noțiuni potrivit sensului pe care acestea îl au la momentul la care a fost sesizată cu o cerere în baza Convenției, și nu sensul pe care noțiunea îl avea la momentul adoptării Convenției. Un exemplu adecvat pentru a ilustra esența și utilitatea acestei modalități de interpretare este includerea libertății de exprimare pe internet în domeniul de aplicare a libertății de exprimare, mijloc ce nu exista la momentul adoptării Convenției și care nu a fost inclus nici ulterior, în mod expres, printr-o prevedere specială, în domeniul de aplicare.²⁶

În ciuda varietății situațiilor concrete în care a trebuit să se pronunțe instanța europeană de contencios al drepturilor omului, pot fi desprinse o serie de principii generale aplicate în analiza cauzelor și pronunțarea unei anumite interpretări referitoare la libertatea de exprimare: libertatea de exprimare constituie un element esențial al mecanismului european de protecție a drepturilor fundamentale, iar limitările aduse de către state trebuie supuse unei examinări restrictive; garanțiile instituite în cuprinsul art. 10 din Convenție au ca obiectiv protejarea „discursurilor valoroase”, ce au o contribuție semnificativă pentru dezbateră publică; relevante în analizarea aplicabilității art. 10 și a respectării garanțiilor acestuia sunt elemente precum emitentul discursului, persoana implicată; libertatea de exprimare, în mod particular libertatea presei trebuie să fie echilibrată cu interesul public și cu alte drepturi și interese legitime ale particularilor (dreptul la reputație, dreptul la un proces echitabil și prezumția de nevinovăție, dreptul la viață privată); tendința jurisprudenței Curții este de a considera incompatibile cu garanțiile Convenției europene, hotărârile pronunțate de instanțele interne prin care sunt aplicate sancțiuni penale sau civile presei; se conturează o tendință generală a instanțelor naționale de a justifica hotărârile pronunțate prin referiri făcute la interpretarea instanței europene²⁷.

La nivelul Uniunii Europene, libertatea de exprimare este prevăzută de art. 11 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene²⁸. Dispozițiile art. 10 din Convenția europeană a drepturilor omului au constituit sursa de inspirație pentru redactorii Cartei, dar între cele două dispoziții există diferențe. Cea mai evidentă constă în faptul că textul Cartei nu a preluat și mențiunile din parag. 2 al art. 10 din Convenția europeană referitoare la aplicarea restricțiilor libertății de exprimare²⁹.

O altă diferență este dată de prevederea expresă a libertății de informare în Cartă, Convenția europeană neavând o astfel de dispoziție, precum și prevederea libertății mijloacelor media și a principiului pluralismului³⁰, ce are ca scop evitarea creării unei prese unitare și monopoliste. Exercitarea libertății de exprimare poate fi restricționată cu respectarea cerințelor care decurg din Convenția europeană și din interpretarea dată de Curtea Europeană a Drepturilor Omului, care a fixat standardele în privința domeniului de aplicare a libertății de exprimare și a admisibilității limitărilor de către autoritățile statelor, deci art. 11 din Carta drepturilor fundamentale este interpretat prin prisma Convenției europene a drepturilor omului.

Prin urmare, cerințele generale ce trebuie respectate în privința restrângerii libertății de exprimare sunt aceleași cu cele analizate prin prisma Convenției europene a drepturilor omului: existența unei legi care prevede restricția, ca bază juridică, respectarea conținutului esențial al dreptului, caracterul proporțional al limitării în raport cu obiectivele legitime urmărite prin aplicarea restricției³¹.

²⁵ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Hotărârea din 26 noiembrie 1991 în cauza *Sunday Times c. Regatul Unit al Marii Britanii*. Textul integral al tuturor hotărârilor menționate în prezenta lucrare este disponibil la adresa: hudoc.echr.coe.int.

²⁶ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Cameră, *Delfi AS c. Estoniei*, Hotărârea din 16 iunie 2015.

²⁷ Zeno-Zencovich V., *Freedom of Expression. A Critical and Comparative Analysis*, Routledge-Cavendish, New York, 2008, p. 91-92; Moldovan C., *Libertatea de exprimare. Garanții și responsabilități. Ghid de standarde internaționale și europene*, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 32-33.

²⁸ Art. 11. Libertatea de exprimare și de informare:

„(1) Orice persoană are dreptul la libertatea de exprimare. Acest drept presupune libertatea de opinie și libertatea de a primi sau de a comunica informații sau idei fără ingerință din partea autorităților publice și fără a se lua în considerare frontierele. (2) Libertatea mijloacelor media și pluralismul lor sunt respectate”.

²⁹ Cohen-Jonathan G., *Article II-71, în Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union*, Tome 2, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 178.

³⁰ Gamet L., *Les libertés d'expression, de réunion et d'association*, în Burgorgue-Larsen L., *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Collection du CREDHO, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 350-351.

³¹ Burgorgue-Larsen L., Levade A., Picod F., *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 659.

În privința art. 11 din Cartă, menționăm că instanța de la Luxembourg a stabilit în mod clar legătura dintre internet și libertatea de exprimare, în termenii următori:

„Internetul este de fapt, de o importanță deosebită pentru libertatea de exprimare și de informare, garantate de art. 11 din Cartă, iar hyperlink-urile contribuie la buna funcționare a acestuia și la schimbul de opinii și informații în cadrul acestei rețele caracterizată prin disponibilitatea unor cantități imense de informații³²”.

4. Consacrarea la nivel național a libertății de exprimare

La nivel național, consacrarea libertății de exprimare debutează cu Constituția României, care în art. 30 prevede în mod expres libertatea de exprimare³³, iar în art. 31 consacră dreptul la informație³⁴. Dispozițiile art. 30 din Constituție consacră un drept cu conținut complex ce include libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor, a credințelor și libertatea creațiilor de orice fel, prin orice mijloace de comunicare. Textul constituțional se referă la un *drept-sinteză* ce articulează în realitate mai multe drepturi care, deseori, în alte legislații, sunt reglementate ca drepturi distincte: libertatea cuvântului, libertatea presei, a spectacolelor, a cinematografului, a radioteleviziunii.

În perfect acord cu dispozițiile internaționale universale și europene, libertatea de exprimare nu este nelimitată sau absolută, exercitarea sa putând fi limitată pentru motivele menționate (defăimarea țării și națiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă, religioasă, instigarea la discriminare, la separatism teritorial, la violență publică ori la manifestări obscene, contrare bunelor moravuri). De asemenea, o altă limită a libertății de exprimare este dată de unele atribute ale persoanei: demnitatea, onoarea, viața particulară, dreptul la propria imagine. Limitele de exercitare a libertății de exprimare protejează interese publice și drepturi individuale, în conformitate cu instrumentele internaționale la care România este parte, cum sunt Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice³⁵ sau Convenția europeană a drepturilor omului.

Exercitarea abuzivă a libertății de exprimare, cu depășirea limitelor trasate, pune problema răspunderii juridice. Cu privire la formele răspunderii, dispozițiile art. 30 alin. (8) din Legea fundamentală stabilește două forme ale răspunderii: civilă și penală. Răspunderea civilă revine editorului sau realizatorului, autorului, organizatorului manifestării artistice, proprietarului mijlocului de multiplicare, a postului de radio sau televiziune, în condițiile legii. Folosirea expresiei „în condițiile legii” semnifică misiunea ce revine legiuitorului de a stabili în detaliu condițiile stabilirii răspunderii, dimensiunile acesteia, repartizarea răspunderii civile³⁶.

În ceea ce privește garantarea dreptului la informație, remarcăm faptul că, spre deosebire de cadrul juridic internațional, trebuie evidențiat că art. 31 alin. (4) prevede în mod expres obligația mijloacelor de informare în masă de a asigura informarea corectă a opiniei publice³⁷. Este de remarcat faptul că nici până în prezent, nu a fost adoptată o reglementare specială a activității de presă, astfel că, în privința garanțiilor și a limitelor de exercitare a acesteia, considerăm că sunt aplicabile regulile și principiile stabilite prin actele internaționale și interpretarea organismelor jurisdicționale internaționale.

³² CJUE, C-160/15, *GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV and Others*, 8 septembrie 2016, ECLI:EU:C:2016:644

³³ Art. 30. Libertatea de exprimare:

„(1) Libertatea de exprimare a gândurilor, a opiniilor sau a credințelor și libertatea creațiilor de orice fel, prin viu grai, prin scris, prin imagini, prin sunete sau prin alte mijloace de comunicare în public, sunt inviolabile. (2) Cenzura de orice fel este interzisă. (3) Libertatea presei implică și libertatea de a înființa publicații. (4) Nici o publicație nu poate fi suprimată. (5) Legea poate impune mijloacelor de comunicare în masă obligația de a face publică sursa finanțării.

(6) Libertatea de exprimare nu poate prejudicia demnitatea, onoarea, viața particulară a persoanei și nici dreptul la propria imagine. (7) Sunt interzise de lege defăimarea țării și a națiunii, îndemnul la război de agresiune, la ură națională, rasială, de clasă sau religioasă, incitarea la discriminare, la separatism teritorial sau la violență publică, precum și manifestările obscene, contrare bunelor moravuri. (8) Răspunderea civilă pentru informația sau pentru creația adusă la cunoștință publică revine editorului sau realizatorului, autorului, organizatorului manifestării artistice, proprietarului mijlocului de multiplicare, al postului de radio sau de televiziune, în condițiile legii. Delictelor de presă se stabilesc prin lege”.

³⁴ Articolul 31 prevede: „(1) Dreptul persoanei de a avea acces la orice informație de interes public nu poate fi îngreunat.

(2) Autoritățile publice, potrivit competențelor ce le revin, sunt obligate să asigure informarea corectă a cetățenilor asupra treburilor publice și asupra problemelor de interes personal. (3) Dreptul la informație nu trebuie să prejudicieze măsurile de protecție a tinerilor sau securitatea națională. (4) Mijloacele de informare în masă, publice și private, sunt obligate să asigure informarea corectă a opiniei publice. (5) Serviciile publice de radio și de televiziune sunt autonome. Ele trebuie să garanteze grupurilor sociale și politice importante exercitarea dreptului la antenă. Organizarea acestor servicii și controlul parlamentar asupra activității lor se reglementează prin lege organică.”

³⁵ Art. 19 alin. (3) din Pact prevede că exercițiul libertății de exprimare comportă îndatoriri speciale și responsabilități speciale și că poate fi supus unor anumite restricții care trebuie expres stabilite prin lege și sunt necesare pentru respectul drepturilor sau reputației altora, salvagărdării siguranței naționale, ordinii publice, sănătății sau moralității publice. Dispozițiile art. 20 din Pact prevăd că legile trebuie să se interzică: propaganda în favoarea războiului, instigarea la ură națională, rasială sau religioasă care constituie incitare la discriminare, la ostilitate sau la violență.

³⁶ Constantinescu M., Iorgovan A., Muraru I., Tănăsescu E.S., *Constituția României revizuită-comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 62.

³⁷ Balan M., *Drept constituțional și instituții politice. vol. 1. Teoria generală a statului și a constituției. Constituția română în context european*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 404.

Codul civil³⁸ reglementează într-o formulare sintetică libertatea de exprimare în art. 70,³⁹ care face parte din secțiunea „Respectul vieții private și al demnității umane”, iar limitele exercitării sale sunt cele generale prevăzute de art. 75 din Codul civil⁴⁰. În lipsa unei definiții sau a precizării elementelor componente sau domeniului său, putem aprecia că acestea pot fi stabilite prin raportare la dispozițiile constituționale și la cele europene și internaționale.

Fără a ne propune să efectuăm o analiză a ansamblului jurisprudenței naționale în materie de protejare a libertății de exprimare, a domeniului său de aplicare și a limitelor admisibile în exercitarea sa, facem referire la o decizie pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, în anul 2014⁴¹, care subliniază actualitatea dezbaterilor referitoare la libertatea de exprimare și protejarea altor drepturi fundamentale, în contextul comunicării pe internet. În interpretarea Înaltei Curți (chiar dacă nu se analizează în mod expres limitele exercitării libertății de exprimare), site-urile de socializare sunt un spațiu unde circulă, ca spațiu unde circulă și sunt expuse atât opinii și idei proprii ale persoanelor particulare, cât și informații de interes public, cu conținut variat, provenite de la alte entități juridice.

Curtea Constituțională face referiri la modalitatea de interpretare a libertății de exprimare a Curții Europene a Drepturilor Omului – spre exemplu, în analiza constituționalității art. 324 alin. 1 din Codul penal, care incriminează fapta de a îndemna publicul prin grai, scris sau prin orice alte mijloace, de a nu respecta legile, ori de a săvârși fapte ce constituie infracțiuni. În opinia Curții Constituționale, incriminarea nu aduce atingere dispozițiilor art. 30 și 31 din Constituție și nici celor din art. 10 din Convenția europeană a drepturilor omului. Incriminarea a fost considerată o restricție legitimă, prin aplicarea principiilor stabilite de Curtea Europeană în hotărârile sale⁴², referitor la obligațiile ziariștilor de a acționa cu bună-credință.

Protejarea securității naționale constituie o limită admisibilă a libertății de exprimare în interpretarea Curții Europene a Drepturilor Omului, idee ce se regăsește în mod expres și în art. 12 din Legea nr. 51/1992 privind securitatea națională a României⁴³, reglementare ce corespunde pe deplin cerințelor din actele internaționale.

Concluzii

Reglementarea națională a libertății de exprimare nu este la fel de detaliată ca textele internaționale de protejare a libertății de exprimare sau a unor state (în Franța este și în prezent aplicabilă Legea presei din 1881), nu sunt precizate componentele sau domeniul de aplicare și nici coordonatele și condițiile de desfășurare a activității de presă, în toate formele sale, aspect care ar putea fi văzute ca negative sau conturând un cadru imperfect de protejare și de sancționare a eventualelor derapaje. În realitate, cadrul normativ național se interconstruiește cu reglementările internaționale și europene, astfel încât ansamblul mecanismului juridic de garantare a libertății de exprimare și de trasare a limitelor exercitării sale, se interpretează prin raportare la standardele sau principiile stabilite la nivel internațional (și european). Din această perspectivă, putem afirma că lipsa unor anumite reglementări sau detalii ale celor existente nu constituie un impediment în asigurarea protecției depline libertății de exprimare și titularilor lor.

³⁸ Legea nr. 287 din 17 iulie 2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011, intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

³⁹ Articolul 70 Dreptul la libera exprimare din Codul civil prevede: „(1) Orice persoană are dreptul la libera exprimare.

(2) Exercițarea acestui drept nu poate fi restrânsă decât în cazurile și limitele prevăzute la art. 75”.

⁴⁰ Articolul 75 alin. (1) prevede: „Nu constituie o încălcare a drepturilor prevăzute în această secțiune atingerile care sunt permise de lege sau convențiile și pactele internaționale privitoare la drepturile omului la care România este parte”.

⁴¹ Articolul 75 alin. (2) prevede: „Exercițarea drepturilor și libertăților constituționale cu bună-credință și cu respectarea pactelor și convențiilor internaționale la care România este parte nu constituie o încălcare a drepturilor prevăzute în prezenta secțiune”.

⁴² Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Decizia nr. 4546/2014, din 27 noiembrie 2014, disponibil la: <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=131400>, (accesat la 01 martie 2019). Instanța a reținut următoarele: „Vastitatea unei rețele de socializare presupune, raportat la natura, particularitățile și scopul acesteia, că utilizatorii nu dețin proprietatea spațiului efectiv de publicare, neputând estima și cu atât mai puțin controla întinderea acestui spațiu, care, astfel, capătă caracter public și accesibilitate potențială”.

⁴³ Curtea Constituțională, Decizia nr. 175/2013, publicată în M. Of. nr. 270 din 14 mai 2013.

⁴⁴ Art. 12 alin. (1) din Legea nr. 51/1992 prevede: „Nicio persoană nu are dreptul să facă cunoscute activități secrete privind securitatea națională, prevăzându-se de accesul neîngrădit la informații, de dreptul la difuzarea acestora și de libertatea de exprimare a opiniilor”.

PROBLEMATICA ȘTIINȚIFICĂ A BIOETICII REFLECTATĂ ÎN DOMENIUL SOCIO-JURIDIC

Scientific Problems of Bioethics Reflected in The Socio-Legal Field

Corina Ramona IONIȚĂ*

Rezumat: *Bioetica reprezintă un domeniu care are cu adevărat un potențial revoluționar în ceea ce privește contribuția adusă civilizației contemporane în asigurarea supraviețuirii omenirii, ea constituind o nouă orientare științifică interdisciplinară aflată la zonele de interferență dintre biologie, medicină, filosofie, etică, drept, sociologie.*

Termenul de bioetică a apărut pentru prima dată în anul 1971 când s-a publicat cartea „Bioethics-bridge to the future” de medicul oncolog Van Renssalaer Potter. După cum menționează Potter chiar pe prima pagină în cartea sa, bioetica trebuie să constituie o nouă disciplină în care să se întrepătrundă cunoașterea biologică cu cea a sistemului valorilor umane.

Bioetica ca știință se bazează pe două principii fundamentale și anume: respectul vieții și respectul autodeterminării persoanei, ceea ce o face să devină sursă de drept (biodrept). Biodreptul rămâne un liant necesar între cercetarea științifică biomedicală și valorile juridice ale societății protejate prin lege.

Cuvinte-cheie: *principiile bioeticii, biodrept, norme morale, etică.*

Abstract: *Bioethics is a field that is truly a revolutionary potential in terms of contribution to modern civilization in ensuring the survival of humanity it into a new interdisciplinary scientific orientation located at the interface areas of biology, medicine, philosophy, ethics, law, sociology.*

The term bioethics appeared for the first time in 1971 when he published the book „Bioethics-bridge to the future” by the oncologist Van Renssalaer Potter. Potter as mentioned right on the first page of his book, bioethics must be a new discipline in to mingle with the knowledge of the biological system of human values.

Bioethics as a science is based on two fundamental principles, namely: respect for life and respect individual self-determination, which means it can become a source of law (biodrept). Biodreptul remains a necessary link between scientific research society biomedical and legal values protected by law.

Keywords: *bioethics principles, biodrept, moral norms, ethics.*

Aflată la granița dintre științele medicale și cele juridice, bioetica reprezintă o disciplină cu o importanță fundamentală în formarea conștiinței celor care se îngrijesc de viața și sănătatea membrilor societății¹.

Bioetica (*bios-viață, ethos-etica*) este știința care utilizând o metodologie interdisciplinară, are drept obiectiv examenul sistematic al comportamentului uman în domeniul științelor vieții și al sănătății, examinat în lumina valorilor și principiilor morale². În Evul Mediu, elementele de bioetică se întrepătrundeau într-o mică măsură cu elementele de legislație. Precizăm că medicul era chemat să se pronunțe dacă un anumit individ putea să suporte pedepsele corporale care se practicau la acea vreme. Odată cu trecerea timpului, societatea a evoluat și relațiile sociale au devenit din ce în ce mai complexe. Astfel, bioetica s-a transformat în știință. În „Critica rațiunii pure”, din 1781, I. Kant a reconceptualizat gândirea, producând un bilanț complet al cunoașterii, eticii și religiei, oferind astfel o bază pentru bioetică³. În opinia autoarei Coralia Cotoraci⁴, tratarea bioeticii a surprins până în prezent trei momente distincte: bioetica generală, bioetica specială și bioetica clinică.

- *Bioetica generală*, care se ocupă de bazele etice, tratează valorile și principiile originare ale eticii medicale și sursele documentaristice ale bioeticii (drept internațional, deontologie, legislație). Practic, o adevărată filozofie morală în partea ei fundamentală și instituțională.

- *Bioetica specială*, care analizează marile probleme, abordate sub profil moral, atât pe plan medical cât și pe plan biologic: inginerie genetică, avort, eutanasiu, experimente clinice etc. Sunt mari tematici care constituie coloanele vertebrale ale bioeticii sistematice și care, desigur, trebuie să fie rezolvate în lumina modelelor și fundamentelor pe care sistemul etic le consideră de bază și justificative pentru concepția etică. Aceasta însă nu se poate disocia de concluziile bioeticii generale.

* Doctor în drept, Grefier, Judecătoria Ploiești; e-mail: ionitacorinaramona@yahoo.com.

¹ Popescu T.V., *Considerații asupra integrării bioeticii în sistemul dreptului românesc*.

² *Enciclopedia de Bioetică*, Paris, 1978.

³ Ioniță C.R., *Internormativitatea aspect esențial al abordării sistemice a dreptului*, Ed. Pro Universitaria, București, 2015, p. 55.

⁴ Cotoraci C., *Bioetica –note de curs pentru studenți*, Arad, 2007, pp. 25-26.

• *Bioetica clinică* sau decizională examinează, în mod concret în practica medicală și în cazul clinic, care sunt valorile în joc sau care sunt căile corecte pentru a ajunge la o linie de conduită fără modificarea acestor valori: alegerea sau nu a unui principiu sau a unei criteriologii de evaluare va condiționa evaluarea cazului și, după părerea noastră, nu se poate separa bioetica clinică de cea generală, chiar dacă trebuie să recunoaștem că totdeauna sau aproape totdeauna cazurile concrete prezintă o pluralitate de aspecte de evaluat. Apariția unor dispoziții care să reglementeze juridic activitatea medicală apare în prezent ca o necesitate. Reglementările juridice ce se impun în domeniul medical prezintă importanță deopotrivă pentru medic cât și pentru pacient.

Pentru a reglementa aspecte ale bioeticii trebuie să avem în vedere două aspecte esențiale: pe de o parte respectarea normelor europene deja existente, iar pe de altă parte gradul de civilizație al societății, în special convingerile spirituale ale populației căreia i se adresează actul normativ.

Sunt trei părți din care este formată bioetica și anume: etica clinică, etica cercetării și etica socială.

În cadrul eticii clinice se pot încadra atitudinea cadrului medical față de colegi sau față de pacienți dar și atitudinea pacientului față de medic. Etica cercetării rămâne elementul central al bioeticii. Aceasta reglementează activitatea de cercetare în domeniul medical. Legiitorul va trebui să manifeste o atenție sporită manipulărilor genetice ale căror consecințe sociale și juridice sunt semnificative. Discernământul manifestat de cadrul medical în activitatea de cercetare are la bază pe de o parte progresul științei, iar pe de altă parte respectarea drepturilor omului. Etica socială are ca obiectiv studierea reacției societății la descoperirile din domeniul medical.

În esență, dincolo de viață și moarte, bioetica controlează și dă răspuns la tot ceea ce știința și tehnica o provoacă. Faptul că știința evoluează mai repede ca omul, aduce în viața medicală necesitatea universalizării bioeticii. Ea este o știință care promovează respectul față de valorile umane și contribuie la renașterea acestora⁵.

Bioetica trebuie să pătrundă nu doar în știința teoretică, dar și în cea aplicativă, în special în practica de ocrotire a sănătății. Apare un fenomen nou în conștiința morală și anume: datoria morală față de natură și responsabilitatea față de ea, astfel încât bioetica devine știința care educă atitudinea morală față de tot ce este viu, la baza ei stând izvoarele moralității general-umane. Scopul bioeticii este de a orienta rațiunea umană și cunoașterea spre tot ce ameliorează calitatea vieții și de a suprima tot ce o stopează.

Bioetica este un fenomen social major astfel încât a devenit globală, pluridisciplinară, instituțională, internațională.

Medicina, care are drept sarcină ocrotirea sănătății omului, se întregește cu disciplinele care îi garantează libertatea de manifestare și afirmare (științele juridice și etica)⁶.

Bioetica nu ține cont de ceea ce a fost asimilat în trecut decât dacă răspunsurile existente deja pentru anumite probleme sunt adecvate orientării acțiunilor prezente. Mai mult, ea ține seama de dialogul interpersonal dintre medic și pacient, dar și de structurile sociale, de normele juridice și valorice valabile într-o anumită societate. În concluziile ei, bioetica este, pe de o parte, o analiză riguroasă care se desfășoară după un plan bine pus la punct, pe de altă parte, ea caută coerența între cazurile concrete, aspirațiile viitoare (ale omului de știință sau ale pacientului) și principiile fundamentale universal-valabile în orice societate și anume:

- respectul pentru viață;
- respectul pentru libertatea autodeterminării fiecărei persoane umane.

Principiile acestea nu exclud principiile care stau la baza constituirii și dăinuirii diverselor societăți, nici normele și poruncile concrete, cum ar fi: porunca de a nu ucide, porunca iubirii aproapelui, fapta cu dublu efect, principiul totalității, nici anumite reguli care vin pe linia tradiției hipocratice, cum ar fi binefacerea celui în suferință, bunăvoința față de cel în suferință și confidențialitatea privind maladia acestuia și nici unele principii specifice anumitor societăți, cum ar fi: principiul utilitarist, principiul universalității (formulat de Kant prin imperativul categoric), principiul dreptății și al egalității (potrivit căruia bolnavii trebuie tratați în mod egal, indiferent de vârstă, sex, condiție socială, religie, naționalitate etc.) precum și legislația specifică fiecărei țări. Principiile și normele acestea, fiind influențate de duhul creștin, bioetica însăși va beneficia de o reală calitate a propriilor decizii.

Obiectul bioeticii îl constituie viața cu toate acțiunile menite să o promoveze, să o modifice și chiar să o distrugă. În mod mai concret, putem spune că bioetica se ocupă cu următoarele teme: eutanasia și insistența terapeutică, reanimarea, adevărul spus bolnavilor și dreptul la moarte; avortul, eutanasia fetală, diagnosticul prenatal, consilierea genetică și eugenia; experiențele pe embrionul uman și pe om; inseminarea artificială, fecundarea artificială, băncile de spermă, fecundarea in vitro; manipularea genetică, sinuciderea, transplantul de organe; transsexualismul; creșterea demografică și controlul ei; armele biologice și chimice, precum și cele privind distrugerea în masă; tortura, pedeapsa cu moartea, poluarea etc.⁷.

⁵ Ioniță (Albulescu) C.R., referat *Răspunderea juridică raportată la morală*, p. 117 din teza de doctorat „Știința juridică și morală modern – Dreptul și morală –” sub coordonarea prof. dr. Sofia Popescu, Academia Română, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”.

⁶ Baciu Ghe., *Aspecte etico-morale ale activității medicale*, în *Arta Medica*, nr. 1 (44), 2011, p. 31.

⁷ Cotoraci C., *op. cit.*, pp. 75-77.

Bioetica nu se preocupă doar de prescrierea regulilor deontologice după care se aduc la realizare corect obiectivele de mai sus, ci bazându-se pe principiile puse la dispoziție de alte discipline, de tradiția culturală și de contextul socio-cultural, ea a devenit o disciplină normativă, în sensul că se pronunță asupra calității obiectivelor ei, a eficienței și perspectivelor lor pentru viața și promovarea acesteia. Din nefericire, ea nu apelează în mod direct la concursul pe care morala creștină i l-ar putea da în fundamentarea normelor prescrise omului de știință și a principiilor de care trebuie să țină cont performanțele acestuia în materie de viață. Or, omul de știință nu scapă preocupărilor lui Dumnezeu, deci nici moralei creștine care, la rândul ei, se interesează de toate temele care constituie obiectul bioeticii, pronunțându-se asupra lor, pe baza dreptei judecați, a revelației divine și a învățaturii Bisericii.

Temele de bioetică ce privesc viața cuplului familial vizează trei aspecte: planingul familial (controlul nașterilor, eventual reducerea acestora); fertilizarea cuplurilor sterile și sănătatea fătului. Datorită noilor descoperiri științifice, noilor performanțe ale ingineriei genetice, datorită unei noi abordări a nașterii, din punct de vedere intelectual și moral aspectele bioetice care se referă la viață, în plin proces de creație în interiorul familiei, se pun într-o nouă perspectivă. Dar, această nouă perspectivă obligă morala creștină să se pronunțe într-un limbaj adecvat asupra unor situații deja cunoscute (cum ar fi cea generată de abort) sau asupra altora create de dezvoltarea geneticii și a ingineriei genetice contemporane (cum ar fi: inseminarea artificială, transsexualitatea, clonarea etc.).

O altă idee pe care o promovează bioetica este aceea a coordonării cercetării medicale cu legislația existentă, având un cuvânt greu în relația juridic-medicală prin actualizarea legislației sau prin inițiative legislative noi, în care primează dreptul pacientului la tratament⁸.

Evoluția relației dintre drepturile omului și bioetică a parcurs drumul de la totalitatea riscului de la natură sau societate la indemnizarea actuală drept expresie a solidarității umane⁹.

Astfel, bioetica s-a plasat între individualismul drepturilor omului și universalitatea lor devenind un sistem viabil de autoreglare morală și legală¹⁰.

Bioetica face deci legătura dintre știință și drepturile omului și include două aspecte: respectului omului ca întreg (astăzi fragmentat în embrion, organe pentru transplant) și al evitării oricăror abuzuri asupra libertății de exprimare al omului.

În prezent bioetica încearcă să dea răspuns la provocările științei și tehnologiei biomedicale. De asemenea, în multe țări s-au organizat institute de cercetare și informare în domeniul bioeticii. La baza bioeticii în cercetarea medicală stau multiple justificări doctrinare¹¹:

- justificări de ordin etic ce privesc respectarea drepturilor și libertăților persoanei;
- justificări epistemologice ce privesc nevoia respectului absolut pentru adevărul științific, atât prin aplicarea unor metode de cercetare apte scopului propus cât și prin argumentare științifică adecvată;
- justificări organizatorice ce privesc libertatea cercetării ca fiind echivalentă libertății cuvântului, dar în condițiile avizării de către un comitet de etică;
- justificări pedagogice, ce privesc nevoia formării sensibilității pentru adevăr.

Din punctul de vedere al bioeticii, există câteva cerințe ce se impun a fi respectate în cercetarea biomedicală și anume:

- respectul persoanei supuse cercetării;
- acordul opiniei publice;
- efectuarea cercetării în institute specializate;
- confidențialitatea rezultatelor.

Bioetica își aduce aportul în unele domenii controversate ale cercetării medicale precum:

- cercetările pe embrion;
- cercetările privind sterilizarea voluntară sau nevoluntară;
- reproducerea medical-asistată;
- transsexualismul;
- cercetări legate de virusul HIV;

Orice cercetare științifică medicală trebuie să ia în considerare câteva principii bioetice:

- absența oricărei contradicții între conștiința morală a societății și cea a medicilor, între conștiința morală a subiectului și cea a cercetătorului;
- stările de risc să fie realizate prin cauze de conștiință a medicului, după care nu trebuie să se piardă din uman ceea ce se câștigă prin tehnic;

⁸ Fletcher J.I., Wertz D.C., *Ethic and Medical Genetics* în: American Journal of Medical Genetics, 1988, nr. 29, pp. 815-827.

⁹ Gh. Baci, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰ Brisset-Vigneau Fr., *De la bioéthique à l'éthique médicale* în Journal de droit médical, 1991, nr. 7-8, pp. 529-530.

¹¹ *Bioetica – O Disciplină Necesară*, <http://www.scripgroup.com/sanatate/BIOETICA-O-DISCIPLINA-NECESARA41299.php>.

• mutarea științei în uman legând adevărurile științifice de semnificația lor umană, astfel încât știința se valorifică integral sub aspect uman.

Prevenirea răspunderii juridice pentru actul medical are loc prin respectarea unor parametrii deontologici dintre care pot fi evidențiați:

- competența profesională;
- conștiinciozitatea față de actul medical;
- prudența profesională;
- profesiunea de credință

Bioetica oferă un răspuns la tot ceea ce știința și tehnologia o provoacă, ca o „justiție de conștiință” a medicinei trebuie să preceadă dreptul, dacă admitem că justiția se bazează pe adevăr, iar adevărul trebuie să fie întotdeauna științific¹².

Beauchamp și Childrens¹³ au pornit de la premisa că pentru a analiza fapte morale particulare din domeniul biomedical este suficient un cadru pentru identificarea, precum și pentru reflecția asupra respectivelor probleme morale, care să fie constituit din principii, reguli, drepturi și idealuri morale. Acest cadru fundamental este format din următoarele principii¹⁴:

- principiul respectului autonomiei care este format din norme pentru respectarea capacității de a lua decizii a persoanelor cu capacitate;
- principiul binefacerii (*beneficence*) ce este format dintr-un grup de norme pentru furnizarea de beneficii participanților, respectiv echilibrarea beneficiilor cu riscurile participării la studiu;
- principiul nefacerii răului (*non-maleficence*), reprezintă un cumul de acțiuni pentru evitarea producerii unor daune;
- principiul dreptății sau justiției, este format de un grup de norme pentru împărțirea acțiunilor beneficiilor, a riscurilor și costurilor tuturor participanților la studiu într-un mod echitabil.

Competențele bioeticii sunt recunoscute în următoarele domenii¹⁵:

- aspectele etice ale profesiunilor sanitare;
- aspectele etice rezultate în cadrul cercetărilor pe om;
- problemele sociale legate de politica sanitară (naționale și internaționale), de planificare familială și control demografic;
- probleme privind intervenția asupra vieții altor ființe vii (plante, micro-organisme și animale) și, în general, tot ce ține de echilibrul ecosistemului.

Bioetica se dorește a fi un răspuns la provocările pe care le aduce știința. Nu de puține ori, aceste provocări se situează în afara prescripțiilor morale și a celor normative¹⁶.

Analizând bioetica, conceptele la care ea face referire și metodele de studiu, ea trebuie să fie într-un triplu sens globală¹⁷:

- bioetica trebuie să fie o etică globală a supraviețuirii și a bunăstării umanității, în concordanță cu mediul natural;
- bioetica trebuie să cuprindă toate temele etic relevante ale bioștiințelor și ale medicinei;
- bioetica trebuie să trateze problemele interdisciplinar și cu metodologie pluralistă, adică folosind metode care țin atât de științele naturii cât și ale științelor spiritului.

Biserica împărtășește succesele tehnologiei medicale, ale ingineriei genetice, tehnicilor de reproducere dar precizează că toate marile probleme din viața omului de la începutul secolului al XXI-lea provin din faptul că societatea tinde să înlocuiască omul cu aparențele. Atât prin știință cât și prin religie se realizează binele uman, ce are sursă în binele divin. Bioetica devine astfel liant între etica laică a științei și etica teologică a ființei, devine astfel aspirația către sensul spiritual al științei.

Interferența eticii cu problematica societății în ansamblu este relevată de Scripcaru, care a arătat că etica răspunde unei triple realități¹⁸:

- reprezintă un spațiu de întâlnire a diferitelor ideologii, concepții morale, filozofice etc., cu ajutorul cărora rezolvă conflicte de valori pentru a elabora principii universale agreeate de preocupările disciplinare, sinteze

¹² Baci Gh., *op. cit.*, p. 34.

¹³ Beauchamp Tom L, Childress James F, *Principles of Biomedical Ethics*, 2013, Oxford University Press, USA.

¹⁴ Byk Christian, judge, secretary general, International association of law, ethics and science, member French national commission for Unesco, 2006.

¹⁵ Ciucă A., *Conceptul de „demnitate” a ființei umane în bioetică și drept* (I), în R.R.B. nr. 2, vol.7, aprilie-iunie 2009, pp. 6-7.

¹⁶ Juguștru C., *Drepturile personalității în context bioetic*, în *Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice*, nr. 4/2010, p. 50.

¹⁷ Engels E.M., *Natur und Menschenbilder in der Bioethik*, 2000, pp. 23-24.

¹⁸ Scripcaru Gh., *Bioetica între științele vieții și drepturile omului*, RRB, vol. I, nr. 2/2003, pp. 4-12.

comunicaționale care exclud tehnofobia, manifestându-și astfel preocuparea descriptivă și normativă în domeniul biomedicinei;

- este transparentă opiniei publice ca în orice societate pluralistă și deschisă;
- este sursa unor multiple instituții locale, naționale și internaționale, generând multiple interese de societate civilă precum asociații ale bolnavilor, medicilor, cercetătorilor din domeniul științelor vieții etc.

Prevenirea răspunderii juridice pentru actul medical se face prin respectarea unor parametri deontologici dintre care pot fi evidențiați: competența profesională, conștiinciozitatea față de actul medical, prudența profesională, profesiunea de credință etc. Dezvoltarea medicinei contemporane face să apară permanent multe întrebări, ce trebuie puse și repuse în discuții. Astfel încât bioetica oferă un răspuns la tot ceea ce știința și tehnologia o provoacă și, ca o „justiție de conștiință” a medicinei trebuie să preceadă dreptul, dacă admitem că justiția se bazează pe adevăr, iar adevărul trebuie să fie întotdeauna științific.

JURISPRUDENȚA – FACTOR DECISIV ÎN EVOLUȚIA LEGIFERĂRII

Jurisprudence – Decident Factor in The Development of Legislation

Mihaela AGHENI ȚEI *, Jafar SAMDANI**

Rezumat: *Jurisprudența apare ca un feed-back al aplicării legislației, în practică, fiind totodată un factor sintetic, în timp, o bază a legiferării ulterioare. Nu poate exista o propunere legislativă fără o motivare adecvată care să se bazeze pe studiul statisticii modalităților de soluționare a cauzelor din domeniul respectiv. Pe de o parte înclinăm să nesocotim jurisprudența, ca neavând putere de lege decât pe cale incidentală, și pe de altă parte o utilizăm în scop legislativ, punând-o la baza legiferării. Este interesantă abordarea codificării într-un stat la intersecția celor două mari sisteme de drept – Kuwait, cu coduri juridice derivate din cele două sisteme juridice, ca principala sursă a legii și care a optat pentru legile trasate de tradițiile occidentale și mijlocii, având în același timp influența obiceiurilor islamice, tribale și a armoniei coloniale, în care legile personale și atingerea islamică sunt foarte evidente, mai ales în legile comerciale. Codul său civil se bazează pe tradițiile juridice emise de obiceiurile și practicile regionale tribale din anii precedenți, iar pe de altă parte codul derivă din codul egiptean, care se bazează pe legea franceză, și care își are rădăcinile, motivele, principiile și filozofia Codului roman. Practic, a fost elaborat pe modelul egiptean (bazat pe legislația franceză civilă) pentru noua legislație.*

Cuvinte-cheie: *legiferare, jurisprudență, evoluție, codificare.*

Abstract: *Jurisprudence appears as a feed-back of law enforcement, in practice, being at the same time a synthetic factor, over time, a basis for further lawmaking. There can not be a legislative proposal without adequate motivation to rely on the study of the statistics of the case management modalities in the field. On the one hand, we tend to disregard jurisprudence, as it does not have the force of law except incidental, and on the other hand we use it for legislative purposes, underlying its legislation. It is interesting to approach the encoding in a state at the intersection of the two major legal systems – Kuwait, with legal codes derived from the two legal systems, as the main source of the law and opting for the laws drawn by Western and Medieval traditions while influencing Islamic, tribal customs and colonial harmony, in which personal laws and Islamic attainment are very obvious, especially in commercial laws. Its civil code is based on the legal traditions of tribal regional customs and practices from previous years, and on the other hand, the code derives from the Egyptian code, which is based on French law and has its roots, motives, principles and philosophy of the Roman Code. It was practically developed on the Egyptian model (based on French civil law) for the new legislation.*

Keywords: *lawmaking, jurisprudence, evolution, coding.*

Termenul de *jurisprudență* a cuprins de-a lungul istoriei înțelesuri cu nuanțări diferite. Fără a dezvolta, trebuie spus că, la Roma, prin *jurisprudență* se înțelegea activitatea jurisconsulților, cu deosebire, cea practică. Acestea i-a urmat *perioada codificărilor* (*codurile civile, comerciale*), etapă specifică secolului al XIX-lea; o a treia etapă avea să fie aceea a adoptării Tratatelor Internaționale, specifică secolului al XX-lea, pentru ca, în prezent, sistemul să parcurgă *perioada mondializării* sub toate aspectele, atât spațial, juridic, cât și economic.

În același timp, este clar că utilitarismul și dezvoltarea noțiunilor democratice au fost un catalizator important pentru numeroasele lucrări de jurisprudență, iar conflictele dintre diferitele puncte de vedere au contribuit în mod evident la eforturile considerabile de explicare a adevăratei naturi a legii.

În perioada modificărilor legislative și a abordării noilor coduri pe filiera romano-germanică, este interesantă abordarea codificării într-un stat aflat la intersecția celor două mari sisteme de drept – Kuwait, cu coduri juridice derivate din cele două sisteme juridice, ca principală sursă a acestora și care a optat pentru legile occidentale, având în același timp influența obiceiurilor islamice, tribale și a armoniei coloniale, în care legile personale și atingerea islamică sunt foarte evidente, mai ales în ceea ce privește adoptarea legilor comerciale.

Statul Kuwait face parte, din punct de vedere geografic, din Peninsula Arabică, fiind o asociere de nouă insule: Failaka, Bubiyan, Miskan, Warba, Auhha, Umm Al-Maradim, Umm Al-Naml, Kubbar și Qaruh, care au coduri juridice derivate din diferite sisteme juridice. După ce a căpătat monarhia regatului, în 1961, statul Kuwait a promulgat Constituția elaborată în 1962, care a intrat în funcțiune în data de 29-01-1963, după proclamarea

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Dunărea de Jos”, Galați; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: maghenitei@gmail.com.

** Avocat, Legal Center – Kuwait.

independenței și a suveranității sale¹. Având o Constituție scrisă, un sistem parlamentar și un guvern, Islamul ca religie de stat și principala sursă a legii, kuwaitienii au optat pentru legile trasate de tradițiile occidentale și din Orientul mijlociu, având în același timp influența obiceiurilor islamice, tribale și a armoniei coloniale, în care legile personale și atingerea islamică sunt foarte evidente, mai ales în cuprinsul legilor comerciale².

Codul său civil se bazează pe tradițiile juridice rezultate din obiceiurile și practicile regionale tribale, el derivând din codul egiptean, care se bazează pe legea franceză, și care își are rădăcinile, motivele, principiile și filozofia în Codul roman. Practic, a fost elaborat pe modelul egiptean (bazat pe legislația franceză civilă) fiind creat de eminentul jurist, Al-Sanhuri³.

În același timp, codurile civile și comerciale din statul Kuwiat se bazează pe instrucțiunile islamice, precum și pe legile Sharia, care i-au fost încorporate⁴.

Aici este relevant să menționăm despre jurisprudența islamică și sursele ei, din care 18 sunt diferite surse ale legii islamice dar numai patru dintre ele sunt cele mai importante și care trebuie să fie invocate Sistemele filosofico-religioase din care face parte dreptul musulman se caracterizează – așa cum arată și titulatura – printr-o pronunțată influență religioasă; într-un astfel de cadru, izvorul formal preponderent îl asigură aici doctrina, jurisprudența fiind exprimată prin ceea ce se cheamă Idjithad, una dintre cele patru Cărți (Coran, Taurot, Zabur și Injil), care guvernează și asigură normativitatea în țările în care se aplică aceste sisteme⁵.

Din cele expuse mai sus, rezultă indubitabil că toate acestea au contribuit la dezvoltarea școlii de drept care a creat jurisprudența islamică (Fiqh). Termenul *fiqh* desemnează în arabă „înțelegere profundă, deplină”. Tehnic, se referă la corpul de legi islamice extrase din surse islamice detaliate (studiate în principiile jurisprudenței islamice) și la procesul de cunoaștere a islamului prin jurisprudență. Istoricul Ibn Khaldun a descris jurisprudența islamică printr-o definiție: „cunoașterea legilor lui Dumnezeu care privesc acțiunile oamenilor care sunt dator să se supună legii, respectând ceea ce este cerut (*wāğib*), interzis (*ḥarām*), recomandat (*mandūb*), respins (*makrūh*) sau neutru (*mubāḥ*)”, definiție în concordanță cu gândirea marilor juriști ai vremii. În limba arabă modernă, *fiqh* a ajuns să însemne *jurisprudență* în general, fie că e islamică, fie laică.

În mod independent, există cinci școli de jurisprudență islamice. Patru sunt din sunni ca școli de drept, și anume ca școli Hanafî, Maliki, Shaffî și Hanbali și ulterior în școala Shia Jafari, fondată de marele imam Jafar Al Sadiq, nepotul profetului Mohammed. Diferențele dintre ele sunt diferitele interpretări date textelor din Coran și Hadis și din sursele secundare pe care le folosesc pentru rezolvarea problemelor religioase și juridice⁶. Știința de hadis, este știința care se ocupă cu luarea în considerare a dovezilor despre tradiția Mesagerul lui Allah, dacă se cunoaște sursa acestor vorbe și, cel care a transmis aceste vorbe, în termeni de acceptare și de răspuns, și se ia în considerare semnificația textului după verdictul și după regulile care disting un randament acceptabil ca fiind atribuit Profetului Muhammad.

Numeroși cercetători, filologi, teologi și juriști din secolul al 2-lea HJ au întreprins călătorii în toate regiunile lumii islamice, pentru a aduna tradițiile de la autoritățile în materie, și pentru a le clasa după diverse criterii. Aceștia vor purta numele de tradiționiști (muhaddisun). Pe la sfârșitul secolului al II-lea HJ / al VIII-lea Gr., nevoia de a dispune de lanțuri complete (Isnad), ale transmițătorilor de tradiții, care să urce până la sursa inițială, a devenit evidentă și chiar presantă.

Prima încercare în acest sens, a fost lucrarea lui Malik ibn Anas al Sabahi, intitulată „Al Muwatta”, în care au fost incluse numeroase tradiții, unele cu lanțuri parțiale, altele cu lanțuri complete, iar altele lipsite cu desăvârșire de lanțuri. Culegerile de tradiții care au început să apară după aceea, dispuneau de două elemente esențiale: pe de o parte, lanțul autorităților (isnad sau sanad), pe de altă parte, textul propriu-zis al tradițiilor (matn).

Imamul As-safii (elevul lui Malik) a continuat demersul lui Malik în acest sens. S-au emis opinii diferite în legătură cu admiterea sau respingerea consemnării hadiselor, însă epigonii au început să înregistreze, în scris, numeroase relatări despre profet, constituind, astfel, baza pentru elaborarea de lucrări ample în secolul următor.

¹ Kuwait Government, *The Constitution of the State of Kuwait* (Kuwait Government Printing Press 1962).

² Jill Crystal, *Oil and Politics in the Gulf: Rulers and Merchants in Kuwait and Qatar* (1st edition 1990, CUP, this ed 2016).

³ Michael S. Casey, *The History of Kuwait* (Greenwood Publishing Group, Westport, USA, 2009).

⁴ Contrast and synthesis in international Arbitration' (2007) 62:3 *Dispute Resolution Journal*,

⁵ https://en.wikipedia.org/wiki/Principles_of_Islamic_jurisprudence

https://books.google.com.kw/books?id=elcQBwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=Principles+of+Islamic+jurisprudence&hl=en&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=Principles%20of%20Islamic%20jurisprudence&f=false

<http://ijtihadnet.com/introduction-methodology-islamic-jurisprudence-shiite-approachpdf/>

https://web.archive.org/web/20080509183931/http://www.usc.edu/dept/MSA/law/ala/wani_usulalfiqh/

⁶ <https://en.wikipedia.org/wiki/Madhhab>

<https://free-islamic-course.org/stageone/stageone-module-4/four-schools-law-islam.html>

<https://www.allaboutworldview.org/islamic-law-and-legal-schools-faq.htm>

<http://islam.uga.edu/shariah.html>

<https://www.al-islam.org/five-schools-islamic-law-allamah-muhammad-jawad-maghniyyah>

<https://blog.islamiconlineuniversity.com/question/four-schools-islamic-law/>

Printre aceștia, sunt menționați, în mod deosebit 'Urwa ben al Zubair și Muhammad Bin Muslim bin Sihab az-Zuhri, care vor deveni, astfel, una dintre autoritățile poate cele mai des citate.

Inventarea resurselor precum petrolul din anii 1930 și dezvoltarea sa modernă au schimbat totul în Kuweit și au adus o schimbare masivă în viața de zi cu zi și, mai exact, în sistemul de afaceri, și comerț au deschis orizonturile orizonturile în cadrul previzualizării legilor statului raportat la afacerile în plină dezvoltare. În această perioadă, veniturile din profit au fost dirijate să deservească infrastructura și dezvoltarea statului, pentru a aduce stilul modern modern de viață al oamenilor din occident și, fără îndoială, a fost o creștere fără precedent în istoria sa⁷.

Această economie bazată pe petrol a condus la schimbarea legilor și practicii bancare, iar pe de altă parte, prioritatea acționarilor și maximizarea entităților prin companiile pentru acționari și părțile interesate ale acestora, s-au adaptat conform cerințelor internaționale, și care s-au bazat pe legile locale numai în măsura în care au fost considerate adecvate cerințelor unui mediu comercial modern. De exemplu, Legea islamică interzice perceperea sau plata dobânzilor, dar Codul comercial din Kuwait recunoaște dreptul creditorului de a dobândi un împrumut comercial.

„Într-adevăr, consensul s-a raportat la faptul că slăbiciunile legii Sharia cu privire la mediul comercial împiedică” gestionarea eficientă, eficientă și antreprenorială care poate aduce valoare acționarilor pe termen lung”.

Urmarea schimbării politice ulterioare anului 1961, revizuirea Codului civil din 1996 s-a bazat pe jurisprudența islamică (fiqh), ca fiind izvor secundar de lege, odată cu acceptarea schimbării semnificative între islam ca religie și legea islamică, dirijată de multe școli de drept diferite. Schimbarea constă în acceptarea regulilor de drept în materie comercială și de arbitraj internațional, tocmai datorită relațiilor economice tot mai numeroase ale statului nou și liber Kuwait și statele lumii moderne⁸.

Această acceptare este rezultatul interpretării articolului nr. 2 din Constituție de către Curtea Constituțională a statului Kuwait din 1992, prin care s-a susținut că interesul economic contravine prevederilor articolului nr. 2 din Constituția statului care declară islamul ca religie de stat și, ulterior, ca sursă de lege. Curtea Constituțională din Kuwait a statuat că articolul menționat a definit directoratul politic pentru legiuitori, pentru a adopta principiile sharia în măsura în care acest lucru este posibil, arătând că sharia este sursă de drept, dar nu o sursă exclusivă de drept și prin urmare, aplicarea altor surse nu este contrară legii și, deci, a respins petiția de modificare a acestui articol⁹.

Articolul 1 alineatul (2) din Codul civil Kuwaitian prevede că, în absența unor criterii suficiente dispoziția legislativă ar trebui să fie rezolvată în funcție de obiceiuri și apoi jurisprudența islamică. Legea privind statutul personalului kuweitian (KPSL) a fost introdusă prin Legea nr. 51 din 1984¹⁰.

Aceste modificări legislative au permis schimbarea revoluționară în afaceri, în instituții financiare, bancare și în comerț, ceea ce a condus la dezvoltarea în ansamblu a vieții locuitorilor statului Kuwait. Statul Kuwait a investit mai mult de 50 milioane USD pentru activitatea socio-economică, cu privire la mediu, sănătate publică, pentru a redresa efectele războiului din Golf. Constituția combină aspectele pozitive ale formelor prezidențiale și parlamentare ale guvernului, bazat pe principiile democrației a suveranității națiunii și libertății cetățenilor, inclusiv pe egalitatea tuturor cetățenilor în ochii legii, a sistemul de guvernare ce se bazează pe separarea puterilor în stat. Autoritatea legislativă este investită de Emir și de Adunarea națională, în timp ce puterea executivă este investită exclusiv de Emi, cu privire la cabinetul miniștrilor săi. Modificarea Constituției implică o majoritate de două treimi¹¹.

Aceste schimbări se impuneau odată cu modificarea poziției statului Kuwait în zonă. Cu toate că este un stat cu numai 1,4 milioane de locuitori, în Kuwait muncesc și 2,4 milioane de rezidenți, s-a impus prin punerea în practică a gândirii (His Highness) HH, pentru ca statul Kuwait să devină centrul Consiliului de Cooperare al Golfului. Astfel, pentru a răspunde nevoilor timpului, s-au adus schimbări majore în sistemul juridic, în conformitate cu Convenția din 1958 a New-York, și cu noile sale Amendamente privind executarea hotărârilor judecătorești străine, a ordinelor, care a fost aplicabilă atât prin ea însăși cât și prin prevederile Codurilor comercial și civil, constituite așa cum am precizat anterior¹².

⁷ Andrew Keay, *The Enlightened Shareholder Value Principle and Corporate Governance* (1st edition Routledge, 2013, this edition 2014).

⁸ Andrew Keay, *The Corporate Objective* (Series: Corporations, Globalisation & the Law, Edward Elgar Publishing Ltd., Cheltenham, UK, 2011), 15; A. Al-Suwaidi, 'Developments of the legal systems of the gulf Arab states' (1993) 8:4 *Arab Law Quarterly* 289.

⁹ Dr. Ahmed Mahmoud Saad, *Delay Interests, Comparative Study with Islamic Law* (in Arabic), Cairo 1986, p. 15-32.

¹⁰

file:///C:/Users/jafar/Desktop/PAS/Research/jafar/Development%20of%20Law%20in%20Kuwait%2015-02-2019/Application%20Of%20Islami c%20Law%20In%20The%20Middle%20East%20-%20International%20Law%20-%20Worldwide.html

¹¹ file:///C:/Users/jafar/Desktop/PAS/Research/jafar/Development%20of%20Law%20in%20Kuwait%2015-02-2019/Kuwait%E2%80%99s %20Legal%20System%20and%20Legal%20Research%20-%20GlobalLex.html.

<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2214845014000246?via%3Dihub>.

¹² <https://www.e.gov.kw/sites/kgenglish/Pages/Business/InfoSubPages/LawsAndRegulations.aspx>.

Concluzie

Nevoia de flexibilitate se explică prin faptul că cerințele sunt în mod constant reformulate. Examinarea ritmului schimbărilor în societate, dezvoltarea tehnologiei etc. face acest lucru evident, și este la fel de clar că aceste procese trebuie să se reflecte atât în jurisprudență, cât și în modul în care se desfășoară activitatea juridică. De asemenea, rezultă că, din perspectiva pe termen lung, este imposibil să se încerce să se prevadă ce fel de activități jurisprudențiale se vor dovedi mai utile decât altele.

Prin dezvoltarea sa exponențială, statul Kuwait este un exemplu pentru statele din zonă despre cum trebuie să se îndeplinească creșterea economică cu modificările legislative, care se detașează cu grație de aspectele religioase, atunci când acestea nu sunt în pas cu modificările economice și sociale.

Fascinată este însă combinarea utilizării jurisprudenței în crearea codurilor de legi cu dreptul roman și cu *commom law*, având drept structură modelul de cod egiptean.

ASPECTE TEORETICE ȘI JURISPRUDENȚĂ ÎN MATERIE CANONICĂ PRIVIND PROBLEMA AUTOCEFALIEI BISERICEȘTI

Theoretical Aspects and Jurisprudence in Canon Matter Regarding The Issue of Church Autocephaly

Cosmin SANTI*

Rezumat: *Principiul autocefaliei este un principiu cu fond simplu juridic de conducere administrativă proprie a unei Biserici locale, care implică îndatorirea fiecărei Biserici autocefale de a păstra unitatea de credință, de viață liturgică și de structură canonică cu toate celelalte Biserici Ortodoxe, în spiritul Tradiției apostolice și patristice. Prin autocefalie, o Biserică dobândește totalitatea drepturilor care îi asigură o conducere complet independentă în câmpul lucrării pe care o săvârșește prin exercitarea celor trei ramuri ale puterii bisericești, și anume: a puterii învățătoarești, a puterii sfințitoare și a puterii jurisdicționale sau conducătoare, conform întregii slujiri a Mântuitorului Hristos. Autocefalia se manifestă în cadrul interdependenței structurate de coresponsabilitatea ierarhic-sinodală a întregii Biserici. Din acest motiv aspectele de ordin doctrinar, canonic sau liturgic care pot să apară în cadrul unei Biserici autocefale în lipsa unei rezolvări convenabile la nivel autocefal, pot să fie rezolvate în cadrul sinodalității panortodoxe. Autocefalia este expresia voinței întregii comunități a Bisericilor Ortodoxe, fiind o problemă practică de evoluție administrativă și juridico-canonică. Metoda și procedurile de obținere și recunoaștere a autocefaliei unei Biserici ortodoxe locale de-a lungul timpului, au fost diverse și diferite, conform practicii și tradiției canonice a Răsăritului, precum și jurisprudenței bisericești.*

Cuvinte-cheie: *autocefalie, jurisprudență, drept canonic, Biserică, Ortodoxie.*

Abstract: *The principle of autocephaly (self-governance) is a principle with a simple legal background of a local Church's own administrative leadership, which involves the duty of each autocephaly (self-governing) Church to preserve the unity of faith, liturgical life and canonical structure with all other Orthodox Churches, in the spirit of the apostolic and patristic tradition. By autocephaly, a church acquires all rights which secure it a fully-independent leadership in relation to all work carried out by exercising the three branches of the church power, namely: a teaching power, a sanctifying power and a jurisdictional and leading power, in line with the three fold missions of Christ the Redeemer. Self-governance manifests itself in relation to the interdependence structured by the hierarchic and synodic co-responsibility of the entire Church. Due to this, the doctrinal, canonical or liturgical aspects emerged within a self-governing Church, in the absence of a reasonable settlement at self-governing level, may be solved within the pan-orthodox synodality. The Autocephaly is expressed as the will of the whole community of Orthodox Churches and is a practical issue of administrative, juridical and canonical evolution. The method and the procedures undertaken by a local Orthodox Church throughout time, to acquire self-governance and be recognised as such, have varied, in accordance with the canonical practice and tradition of the East, as well as the church jurisprudence.*

Keywords: *autocephaly (self-governance), jurisprudence, canon law, Church, Orthodoxy.*

1. Introducere

Proclamarea unei Biserici ca autocefală reprezintă unul din cele mai însemnate acte pentru întreaga Biserică Ortodoxă, întrucât prin autocefalie se produce o schimbare esențială în relațiile bisericești din cadrul Ortodoxiei universale. Actul de proclamare a autocefaliei unei Biserici presupune interacțiunea a trei factori: a Bisericii care își reclamă autocefalia, a Bisericii mame de care a depins până acum și a Bisericii în totalitatea ei sau a Bisericii ecumenice.

Prin autocefalie (din limba greacă, termen compus din αὐτός-însuși și κεφαλή-cap) înțelegem dreptul unei Biserici Ortodoxe locale de a se organiza și conduce de sine, prin conducere proprie, din neamul său, constituită prin Sinod propriu și independent, fiind un act de autoguvernare sau autoconducere deplină. Însă, această independență presupune în însăși ființa și existența ei, mărturisirea aceleași credințe, una și sfântă, cu întreaga Biserică dreptmăritoare.

Biserica Ortodoxă, din punct de vedere administrativ, se definește ca o comuniune de Biserici locale, autocefale și autonome, ce păstrează o interdependență dogmatică, canonică și liturgică. Autocefalia bisericească reprezintă capacitatea unei Biserici locale de a-și reglementa problemele potrivit legilor proprii¹, păstrând totodată unitatea cu Ortodoxia universală.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Asistent universitar dr., Universitatea „Valahia” din Târgoviște; e-mail: santicosmin@yahoo.com.

¹ A se vede pe larg Cosmin Santi, „Autocefalia Bisericii Ortodoxe Române înainte și după Marea Unire de la 1918” în vol. „Ortodoxia Românească și înfăptuirea Marii Uniri”, Ed. Arhiepiscopiei Târgoviștei, Târgoviște, 2018, ISBN 978-606-8937-10-6, pp. 184-204.

Autocefalia exprimă deplina maturitate a unei Biserici organizate într-un sistem sinodal regional sau pluriregional², iar dobândirea autocefaliei nu este altceva decât recunoașterea formală, canonică, a acestei maturități eclesiale. Autocefalia reprezintă în limbajul bisericesc ortodox, statutul canonic al unei Biserici locale ce se bucură de o autonomie bisericească maximă și de dreptul ca Sfântul său Sinod să aleagă pe întâistătătorul Bisericii respective, fără intervenția nici unei alte autorități externe. O Biserică autocefală este aceea în care propriul Sfânt Sinod reprezintă autoritatea supremă, fără să atârne sub nici o formă de un alt for exterior.

În Ortodoxie, Bisericile locale autocefale sunt Biserici surori, egale între ele și libere unele în raport cu celelalte în ceea ce privește organizarea vieții bisericești. Autocefalia este expresia deplinei responsabilități și maturități bisericești.

Dreptul la independență bisericească sau la autocefalie a fost consacrat printr-o practică îndelungată, transformată în rânduială cu caracter juridic, adică în obicei cu putere de lege³. Acest statut consacrat în obiceiul canonic a fost înscris în diferite texte canonice, norme și legi elaborate încă din veacurile primare ale creștinismului și păstrate până astăzi în întreaga Ortodoxie.

Principiul autocefaliei, prin care treburile unei Biserici locale sunt administrate independent de orice altă autoritate, se reflectă în legislația sinodală timpurie. Deși numele de autocefalie se face cunoscut mai târziu, totuși acest principiu a fost ratificat în cele din urmă prin canoane ale Sinodelor Ecumenice. Deși în epoca apostolică acest principiu constituia un obicei de drept, autocefaliei i s-a dat puterea de principiu fundamental datorită investiției cu forță și prestigiu de cea mai înaltă autoritate ecleziastică, Sinodul Ecumenic.

Cu toate acestea, pentru a primi autocefalia, o Biserică locală trebuie să îndeplinească anumite condiții esențiale⁴:

- trebuie să existe un număr suficient de episcopi pentru a numi (cel puțin 3 în conformitate cu canonul 4 al Sinodului I Ecumenic) și hirotonii (2 sau 3 conform Canonului I Apostolic) alți episcopi;
- jurisdicția bisericească independentă trebuie să coincidă cu un stat independent sau o diviziune politică;
- jurisdicția bisericească independentă trebuie să provină dintr-o Biserică autocefală canonică.

Recent dialectica dintre „națiunea” de stat și Biserica autocefală, care se referă la dialectica dintre drept, natură și har, sau dintre creat și necreat, constituie un element eclesiologic-canonic de mare importanță. Aceasta este o problemă care nu a fost niciodată clar clarificată într-un mod sistematic. Teologia ortodoxă este, prin urmare, imperativ invitată să rezolve cu prioritate și celeritate, atât din punct de vedere teologic, cât și din punct de vedere istorico-canonic problema autocefaliei, mai ales astăzi, când naționalismul sub formă de etno-filetism sau în alte forme, crește substanțial⁵, iar provocările pentru Biserica Ortodoxă universală sunt pe măsură.

2. Jurisprudența, tradiția istorico-canonică sau practica Bisericii în problema autocefaliei

Principiile de drept comun bisericesc s-au conturat odată cu apariția în istorie a Bisericii creștine, cu scopul de a exprima viața și lucrarea Bisericii, instituție divino-umană, care și-a desfășurat activitatea încă de la început în mijlocul societății omenești, condusă după anumite reguli și legi, în sfera unui stat cu o anumită orânduire politică și juridică. Astfel, Biserica a trebuit să își creeze un cadru organizatoric juridic, pentru că are un aspect comunitar-văzut și se sprijină pe fundamentele principiilor dreptului, orientată fiind întotdeauna spre misiunea ei harică, de a conduce pe om la mântuire și desăvârșire.

Canoanele reprezentative ale Bisericii Ortodoxe care stau la baza principiului autocefaliei sunt:

a) Canonul 34 Apostolic este o sinteză a tuturor principiilor fundamentale canonice ale organizării administrative a Bisericii Ortodoxe: „*Se cade ca episcopii fiecărui neam să cunoască pe cel dintâi dintre dâșii și să-l socotească pe el drept căpetenie și nimic mai de seamă (însemnat) să nu facă fără încuviințarea acestuia; și fiecare să facă numai acelea care privesc (se referă la) parohia (eparhia) sa și satele de sub stăpânirea ei. Dar nici acela (cel dintâi) să nu facă ceva fără încuviințarea tuturor, căci numai astfel va fi înțelegere și se va mări Dumnezeu prin Domnul în Duhul Sfânt: Tatăl și Fiul și Sfântul Duh*”⁶. Acest text canonic are la bază următoarele principii de organizare și administrare bisericească: principiul ierarhic, principiul sinodal-colegial, principiul etnic, principiul autonomiei, principiul autocefaliei și principiul teritorial. Toate aceste principii au un esențial fond dogmatic, dar și juridic. „Etnosul constituie un temei de drept divin al autocefaliei; principiul autocefaliei manifestă identitatea și totodată responsabilitatea etnosului în sânul Bisericii ecumenice ca și în fața lui Dumnezeu; principiile ierarhic și sinodal confirmă succesiunea și colegialitatea apostolică. Celelalte principii sunt legate organic între ele în același duh al Evangheliei”⁷. Când

² Patriciu Vlaicu, *Canon și libertate*, Ed. Presa Universitară Clujeană, Cluj-Napoca, 2013, p. 70.

³ Nicolae Dură, *Forme și stări de manifestare ale Bisericii Ortodoxe Române de-a lungul secolelor*, în „Centenarul Autocefaliei Bisericii Ortodoxe Române 1885-1985”, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1987, p. 285.

⁴ Lewis J. Patsavos, *Unity and Autocephaly – Reality or Illusion?*, pe http://www.apostoliki-diakonia.gr/en_main/catechism/theologia_zoi/themata.asp?cat=dogma&main=EH_texts&file=5.htm, 20.02.2019.

⁵ Grigorios D. Papathomas, *La dialectique entre nation étatique et l'autocéphalie ecclésiastique*, pe <http://www.eoc.ee/fr/orthodoxie/droit-canon-2/la-dialectique-entre-nation-etatique-et-l-autocephalie-ecclesiastique/>, 18.02.2019.

⁶ Ioan N. Floca, *Canoanele Bisericii Ortodoxe. Note și comentarii*, f.e., Sibiu, 2005, p. 27.

⁷ Constantin Galeriu, *Autocefalie și Ortodoxie. Aspecte eclesiologice*, în „Centenarul Autocefaliei Bisericii Ortodoxe Române, 1885-1985”, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1987, p. 213.

vorbim de autocefalie, cuprindem intrinsec și sinodalitatea și ierarhia bisericească, autonomia bisericească internă și externă, precum și armonizarea teritorial-organizatorică a Bisericii cu organizarea administrativă a statului în care aceasta își desfășoară activitatea (conf. Canonului 17 Sin. IV Ec.).

b) Canonul 2 al Sinodului al II-lea Ecumenic: „*Episcopii puși peste o dieceză să nu se întindă (treacă) asupra bisericilor din afara hotarelor lor, nici să nu tulbure bisericile, ci potrivit canoanelor, episcopul Alexandriei să cârmuiască numai pe cele (bisericele) din Egipt, iar episcopii Orientului să chivernisească (administreze) numai Orientul, păstrându-se pe seama Bisericii antiohienilor întâietățile (privilegiile) cele din Canoanele de la Niceea; și episcopii diecezei Asiei să chivernisească numai cele (bisericele) din dieceza Asiei; și cei ai (diecezei) Pontului, numai pe ale (diecezei) Pontului și cei ai Traciei, numai pe ale (diecezei) Traciei să le cârmuiască. Iar nechemați, episcopii să nu treacă peste dieceza lor pentru hirotonie sau pentru alte oarecari (lucrări de cârmuire bisericească) cârmuiri bisericești. Păzindu-se însă canonul stabilit mai înainte privitor la chivernisiri, este clar că cele privitoare la fiecare eparhie le va cârmui sinodul eparhiei (respective), potrivit celor orânduite (hotărâte) la Niceea. Iar bisericile lui Dumnezeu cele ce sunt la popoarele barbare trebuie să se cârmuiască după obiceiul părinților, care s-a ținut*”⁸. Hotărârea principială luată de Părinții Sinodului al II-lea Ecumenic a fost determinată de modul în care se organizau și se administrau Bisericile ce se aflau în ținuturile barbare din cadrul Imperiului romano-bizantin. Datorită faptului că Scaunul de Constantinopol se afla în capitala imperiului, Părinții Sinodului II Ecumenic au conferit acestuia o întâietate de onoare, dar fără drepturi jurisdicționale sau excepționale asupra altor unități bisericești. Pe baza dispozițiilor acestui canon, o Biserică autocefală nu își poate extinde jurisdicția canonică în afara limitelor stabilite și recunoscute prin consensul unanim al tuturor Bisericilor autocefale surori (*Consensus Ecclesiae dispersae*), indiferent de motivele sau de conjuncturile istorico-politice care ar putea interveni de-a lungul vremii.

c) Canonul 28 al Sinodului al IV-lea Ecumenic recunoaște întâietatea onorifică a Scaunului de Constantinopol și extinde autoritatea scaunului din cetatea imperială asupra diecezelor Traciei, Pontului și Asiei, ca urmare firească a aplicării principiului canonic al adaptării unităților bisericești la împărțirile administrativ-politice ale statului⁹. Totodată, prin acest canon Scaunul din Constantinopol (Noua Romă) a fost ridicat la rangul de Patriarhie; așadar, nici Sinodul II Ecumenic, nici Sinodul IV Ecumenic nu au dat Scaunului din Constantinopol un drept de jurisdicție asupra întregului Răsărit, ci doar asupra diecezei sale care a fost extinsă cu noile ținuturi amintite.

d) Canonul 8 al Sinodului III Ecumenic recunoaște și întărește definitiv autocefalia Bisericii din Cipru, interzicând Patriarhiei Antiohiei să își extindă jurisdicția dincolo de limitele stabilite prin canonul 6 al Sinodului I Ecumenic. Acest caz devine exemplu pentru întreaga Ortodoxie Universală, privind caracterul divin al autocefaliei bisericești, constituind totodată din punct de vedere juridic, *jurisprudență bisericească* în materie de independență sau autocefalie a unei unități bisericești față de alta, evidențiindu-se faptul că subiectul autocefaliei a constituit încă de la începutul creștinismului o problemă spinoasă care persistă până în contemporaneitate.

Procesul de dobândire al autocefaliei nu a fost același în toate cazurile de acordare a independenței unei Bisericii locale, așa cum reiese din tradiția și practica canonică a Răsăritului. De-a lungul istoriei, diverse unități bisericești și-au dobândit autocefalia în mai multe feluri:

1. „Prin înființarea lor de către Sfinții Apostoli;
2. Prin păstrarea autocefaliei Bisericilor locale moștenite de la Apostoli și prin recunoașterea aceleiași independențe sau autocefalii și episcopilor neînființate direct de Apostoli, în toată vremea epocii apostolice și postapostolice;
3. Prin introducerea sistemului mitropolitan, ajungându-se ca autocefaliile să fie determinate de faptul organizării mitropoliilor în cuprinsul unităților administrative ale Imperiului Romano-Bizantin, numite provincii sau eparhii;
4. Prin organizarea unor unități mai mari bisericești în cadrul național, pe temelia canoanelor apostolice (34 și 37), unități de proporțiile celor mitropolitane și mai mari decât acestea;
5. Prin organizarea exarhatelor bisericești autocefale în cadrul unităților administrative de stat numite dieceze (Roma, Alexandria);
6. Prin organizarea de către unele sinoade locale, în temeiul canoanelor apostolice, a unor unități mitropolitane autocefale sau chiar a unor unități bisericești mai mari (can. 9, 12, 14, 19 Antiohia; can. 3 și 5 Sardica; 95 Cartagina etc.);
7. Prin consacrarea și organizarea autocefaliilor de către Sinoadele Ecumenice (can. 4, 6, 7 I Ec.; 2, 3 II Ec.; 8 III Ec.; 17, 28 IV Ec.; 36, 39 VI Ec.);
8. Prin organizarea patriarhatelor fie în cadrul diecezelor, fie cuprinzând mai multe dieceze;
9. Prin intervenția directă a puterii de stat;
10. Prin hotărârea conducerii bisericești și de stat a unor popoare sau națiuni care și-au reclamat, ba chiar și-au proclamat independența bisericească sau autocefalia (Biserica Armeniei, Georgiană, Bulgară, Sârbă, Rusă și Română);

⁸ Ioan N. Floca, *op. cit.*, p. 71.

⁹ Nicolae Dură, *Patriarhia Ecumenică și Autocefalia Bisericii noastre de-a lungul secolelor*, în „Studii Teologice”, XXXVIII (1986), nr. 3, p. 55.

11. Prin hotărârea Bisericilor autocefale mai vechi, din care s-au desprins cele ulterioare: Patriarhia din Constantinopol, în cazul Bisericilor autocefale bulgară, sârbă, română etc., apoi Biserica Rusă, în cazul Bisericilor din Georgia și Cehoslovacia;

12. Prin consimțământul tacit sau expres al tuturor celorlalte Biserici autocefale, cu ocazia creării sau recunoașterii unei noi autocefalii mitropolitane și al celor diecezeale-exarhale, ca și al Bisericii din Cipru, recunoscute prin canoanele Sinoadelor I, II, III și IV Ecumenice; apoi cazul Bisericii Ortodoxe Ruse, al celei Bulgare etc., ale căror autocefalii au fost recunoscute de către toate Bisericile Ortodoxe¹⁰.

Privind istoria și tradiția răsăriteană a obținerii autocefaliei a mai multor Biserici Ortodoxe locale, observăm faptul că majoritatea acestor acte canonice s-au consumat cu multe tensiuni și puncte divergente în interiorul Ortodoxiei ecumenice:

- Biserica Ortodoxă a Greciei până în anul 1833 a făcut parte integrantă din Patriarhia de Constantinopol, iar în 1833 s-a declarat autocefală, statut recunoscut de Biserica mamă abia în anul 1850.

- Biserica Ortodoxă a Serbiei a devenit *de facto* autocefală în anul 1832, dar a fost recunoscută de Constantinopol abia în 1879, după ce în anul 1878 statul sârb și-a dobândit independența teritorială.

- Biserica Bulgariei a fost declarată independentă de către sultanii otomani, creându-se un haos canonic condamnat la Sinodul de la Constantinopol din 1872, când Patriarhul ecumenic Antim al VI-lea, a declarat Biserica bulgară schismatică, pe motive ce contraveneau canoanelor. Abandonată de Patriarhia Ecumenică, Biserica Rusă intervine în ajutorarea Bisericii Bulgare, căreia îi va oferi timp de 40 de ani Sfântul și Marele Mir, timp în care Biserica Ortodoxă Română și Biserica Ortodoxă Sârbă au mediat acest conflict, pentru ca în anul 1945 schisma să înceteze, iar Biserica Ortodoxă Bulgară să obțină și să i se recunoască autocefalia.

- În ceea ce privește demersurile Bisericii Ortodoxe din spațiul românesc pentru obținerea autocefaliei, a independenței față de Constantinopol, această luptă pentru păstrarea ființei și independenței sale religioase sau bisericești a devenit și a rămas în permanență o luptă pentru păstrarea și apărarea ființei sale naționale; după Unirea Principatelor din 1859, puterea politică decreteează independența Bisericii Ortodoxe Române prin legea din 1864, apoi apare tot prin voință politică neatârnarea Bisericii Ortodoxe Române în Constituția României din anul 1866, iar câștigarea independenței României 1877-1878 și lupta acerbă dusă de ierarhii și oamenii politici ai țării, a determinat Patriarhia mamă a Constantinopolului să acorde în anul 1885 Tomosul Sinodal de recunoaștere a Autocefaliei Bisericii Ortodoxe Române.

- O situație similară a fost și în cazul dobândirii autocefaliei Bisericii Ortodoxe din Polonia. Deoarece regimul politic al Poloniei făcea presiuni pentru o separare administrativă a Bisericii Ortodoxe Poloneze de Biserica Ortodoxă Rusă, îndată după constituirea statului suveran polonez, a fost convocat un sinod în Varșovia în anul 1922 care a proclamat autocefalia Bisericii Ortodoxe Poloneze. Cu toate că autocefalia a fost confirmată de către patriarhul ecumenic Constantin al VI-lea în anul 1924, patriarhatul rus a privit aceasta ca pe o ingerință în treburile interne și a refuzat să recunoască autocefalia Bisericii Ortodoxe Poloneze. Fără precedent, Patriarhia Rusă anulează în 1948 autocefalia acordată de Constantinopol și emite un alt Tomos sinodal de recunoaștere a autocefaliei pentru Biserica Ortodoxă a Poloniei în data de 22 iunie 1948, demers contestat de Patriarhia Ecumenică, motivul invocat fiind încălcarea principiului jurisdicțional.

- În ceea ce privește procesul dobândirii autocefaliei Bisericii Ortodoxe a Ucrainei, trebuie subliniat faptul că aceasta este o Biserică dependentă de Patriarhia Rusă prin fațiunea Biserica Ortodoxă a Ucrainei-Patriarhia Moscovei. Actualul întâistătător este Onufrie Berezovski, mitropolit al Kievului și al întregii Ucraine. În Ucraina mai există alte două facțiuni schismatice, nerecunoscute canonic în cadrul Ortodoxiei.

Conform Institutului de Sociologie din Kiev, în anul 2016 repartizarea credincioșilor ortodocși din Ucraina se prezenta astfel: Biserica Ortodoxă a Ucrainei (Patriarhia Kievului) (BOU-PK): 45,7%, Biserica Ortodoxă a Ucrainei (Patriarhia Moscovei) (BOU-PM): 13,3% și Biserica Ortodoxă Ucraineană Autocefală (BOUA): aprox. 1%¹¹.

Îndată după dobândirea independenței statului ucrainean în anul 1991 s-a dorit ca noul stat național să aibă o Biserică Ortodoxă autocefală. În anul 1992, Mitropolitul Filaret Denisenko a cerut oficial Sinodului Bisericii Ruse să acorde autocefalia Bisericii Ortodoxe a Ucrainei. Refuzându-i-se cererea, Filaret s-a rupt de Moscova și a creat așa-numita Patriarhie de Kiev. În urma acestei schisme, Sfântul Sinod al Bisericii Ortodoxe Ruse l-a excomunicat pe Mitropolitul Filaret.

În anul 2016, Parlamentul Ucrainei și cele două facțiuni numite schismatice au cerut printr-o scrisoare Patriarhiei Ecumenice acordarea autocefaliei Bisericii Ortodoxe a Ucrainei. Patriarhia Constantinopolului și-a arătat deschiderea către Biserica Ortodoxă ucraineană, spre a sprijini și recunoaște independența acesteia, lucru exprimat clar și la întâlnirea dintre Patriarhii Kiril al Moscovei și Bartolomeu I al Constantinopolului de la Istanbul din data de 31 august 2018. După o serie de discuții și consultări atât cu puterea de stat de la Kiev și cu reprezentanți ai Bisericii Ortodoxe din Ucraina, după 25 de ani de schismă în Ucraina, în data de 11 octombrie 2018, Sfântul Sinod al Patriarhiei

¹⁰ Liviu Stan, *Despre autocefalie*, în „Biserica și Dreptul. Principiile Dreptului Canonic Ortodox”, vol. III, Ed. Andreiana, Sibiu, pp. 65-67.

¹¹ http://www.kiis.com.ua/materials/pr/20161807_religion/ENG%20Report%20on%20Religion%2018.07%20KIIS%20revised.pdf, p. 6, 22.01.2019.

Ecumenice a luat următoarele hotărâri: a reînnoit decizia luată deja ca Patriarhia Ecumenică să continue în direcția acordării autocefaliei Bisericii Ucrainei; a restabilit Stavropighia Patriarhului Ecumenic la Kiev; Patriarhul Constantinopolului a acceptat solicitările de recurs ale lui Filaret Denisenko și Makarie Maletych și cei dimpreună cu ei, care s-au aflat în schismă, și i-a restabilit canonic în rangul lor ierarhic sau preoțesc, iar credincioșii lor au fost reasezați în comuniune cu Biserica; a revocat validitatea Scrisorii Sinodale din anul 1686, eliberată în circumstanțele acelei perioade, prin care s-a acordat Patriarhului Moscovei, prin iconomie, dreptul să hirotonească pe Mitropolitul Kievului, ales de Adunarea clerului și a laicilor din eparhia sa¹².

Patriarhul Ecumenic Bartolomeu I, în Ședința Sinodală din Constantinopol din data de 3 iulie 2018, referindu-se la legătura canonică și spirituală cu credincioșii ucraineni, afirma: „În calitate de Biserică Mamă, este logic să dorim restaurarea unității trupului eclezial divizat din Ucraina, un popor credincios de zeci de milioane, botezați și luminați prin purtarea directă de grijă și activitatea misionară a Tronului Ecumenic”¹³. Pe data de 3 noiembrie 2018, **Patriarhul Ecumenic Bartolomeu I și președintele ucrainean Petro Poroșenko au semnat un acord de cooperare și interacțiune între Ucraina și Patriarhia Ecumenică a Constantinopolului, privind procesul de oferire a Tomosului în strictă conformitate cu canoanele Bisericii Ortodoxe, această independență bisericească fiind considerată un obiectiv strategic de consolidare a statalității și identității naționale a Ucrainei. Sfântul Sinod al Patriarhiei Ecumenice întrunit în ședință de lucru în perioada 27-29 noiembrie 2018 a aprobat Statutul de organizare al Bisericii Ortodoxe din Ucraina.**

De partea cealaltă, privind acțiunea constantinopolitană ca o încălcare a principiilor și ordinii canonice, Patriarhia Rusă, în timpul ședinței de lucru a Sfântului Sinod, din 15 noiembrie 2018, a luat decizia de întrerupere a legăturilor cu Patriarhia Ecumenică, precum și întreruperea comuniunii euharistice, atât cu ierarhii, cât și cu clerul și mirenii acesteia, ca urmare a acțiunilor și hotărârilor adoptate de către Constantinopol în privința situației din Ucraina. „Clericii Bisericii Ortodoxe Rusă nu pot coliturgisi cu clericii Bisericii Constantinopolului și nici laicii nu pot participa la tainele oficiate în bisericile acesteia”¹⁴.

În luna noiembrie 2018, Preafericitul Părinte Kiril al Rusiei a scris tuturor conducătorilor de Biserici Autocefale pentru a-i informa cu privire la criza din Ucraina și pentru a le propune întrunirea unui sinod Panortodox pe acest subiect.

După experiența de mediere cu privire la acordarea autocefaliei Bisericii Ortodoxe a Bulgariei, Biserica Ortodoxă Română este chemată să medieze acest conflict spre rezolvarea cât mai rapidă a crizei eclesiale din Ucraina. Patriarhul Ecumenic Bartolomeu I, în fața Sfântului Sinod al Bisericii Ortodoxe Române, întrunit în Ședință Solemnă în data de 24 noiembrie 2018, a afirmat următoarele: „*Avem speranță în ajutorul lui Dumnezeu că se va termina în curând procesul de unire a taberelor împărțite, pentru a purcede la întrunirea și emiterea Tomosului Sinodal Patriarhal al Bisericii Ucrainei, devenind astfel cea mai nouă Biserică Autocefală soră. Îmi exprim speranța că Biserica Ortodoxă Română se va implica în păstrarea unității bisericești și a dreptății*”¹⁵.

Mitropolitul Kallistos Ware, abordând aceeași temă a relațiilor încordate dintre Constantinopol și Moscova, a apreciat că un rol important în această chestiune îl poate avea Biserica României: „**Românii pot juca un rol important de mediere, și aș sugera chiar ca următoarea întâlnire a Sfântului și Marelui Sinod să aibă loc în România**”¹⁶.

Problema ucraineană afectează nu numai relațiile dintre cele două Patriarhii implicate, ci întreaga ordine canonică și duhovnicească a Ortodoxiei, dovadă stând exemplele de lipsă a comuniunii ierarhilor ruși cu ceilalți episcopi membri în Adunările Episcopilor din Diaspora (ex. cazul Adunării Episcopilor Ortodocși din Franța, întruniți la Paris din data de 16 octombrie 2018, unde ierarhii ruși au absentat).

Însă criza constantinopolitano-rusă a escaladat în ziua de 15 decembrie 2018, când Președintele Ucrainei, Petro Poroșenko a anunțat crearea Bisericii Ortodoxe Ucrainene independente de Patriarhia Moscovei, ca urmare a unei decizii în acest sens a „Conciliului de Reunificare”. Patriarhia Ecumenică a sprijinit organizarea Conciliului de Reunificare din Ucraina, făcând apel la toți episcopii ortodocși ucraineni, indiferent de apartenența canonică-jurisdicțională, să participe la această întâlnire. La acest conciliu au participat episcopii din fosta Biserică Ortodoxă Ucraineană Autocefală și fosta Biserică Ortodoxă Ucraineană-Patriarhia Kievului, care au ales pe Mitropolitul Epifanie Dumenko să conducă noua biserică autocefală, purtând titlatura de Mitropolit al Kievului și al întregii Ucraine. Patriarhul Ecumenic Bartolomeu I a semnat și înmănat, pe data de 5 ianuarie 2019, Tomosul prin care a acordat **autocefalia** Bisericii Ortodoxe a Ucrainei, într-o ceremonie oficiată la Biserica Sfântul Gheorghe din Istanbul, în prezența mitropolitului Epifanie și a președintelui de stat ucrainean.

¹² <http://basilica.ro/comunicatul-patriarhiei-ecumenice-privind-problema-bisericeasca-din-ucraina-text-integral/>, 22.12.2018.

¹³ <http://basilica.ro/patriarhul-ecumenic-este-logic-sa-dorim-restaurarea-unitatii-trupului-elezial-divizat-din-ucraina/>, 22.12.2018.

¹⁴ <http://basilica.ro/patriarhia-moscovei-intrerupe-legaturile-cu-patriarhia-constantinopolului/>, 22.12.2018.

¹⁵ <http://basilica.ro/patriarhul-ecumenic-sunt-sigur-ca-biserica-ortodoxa-romana-se-va-implica-in-pastrarea-unitatii-bisericesti/>, 22.12.2018.

¹⁶

Astfel, făcând o scurtă incursiune în istoria recentă a Ortodoxiei, în Ucraina se intersectează din nou jurisdicția canonică a Patriarhiei Ecumenice cu cea a Bisericii Ortodoxe Ruse, precum în Estonia, unde s-au produs aceleași tensiuni. Atunci Biserica Rusă a scos din diptice pe Patriarhul Bartolomeu I, care și-a apărat jurisdicția asupra creștinilor ortodocși, indiferent de etnie. După îndelungate discuții și negocieri, s-a ajuns la un compromis, iar credincioșii ortodocși estonieni au putut alege de care Biserică să aparțină.

Este necesar ca în problema autocefaliei Bisericii Ortodoxe Ucrainene să se stabilească autoritatea de drept jurisdicțional-canonice de care aparține această Biserică locală. Revocarea de către Patriarhia Ecumenică a Scrisorii Sinodale din anul 1686, privilegiul acordat Patriarhiei Moscovei de a hirotoni pe Mitropolitul Kievului, nu este un abuz de putere, ci conform principiului și ordinii juridice, un act emis de o autoritate își produce efectele atât timp, cât aceeași autoritate nu abrogă sau anulează decizia respectivă. Astfel, Patriarhia Ecumenică își revendică dreptul jurisdicțional asupra teritoriului Ucrainei, invocând nerespectarea de către Patriarhia Rusă a înțelegerii din anul 1686, prin care se cerea expres ca în teritoriul respectiv să fie pomenit Patriarhul Ecumenic, chiar dacă numirea și hirotonia Mitropolitului de Kiev se putea face de către Patriarhia Rusă.

Sinodul Patriarhiei Ecumenice a calificat ca fiind ilegală anexarea Mitropoliei Kievului de către Patriarhatul de la Moscova în anul 1686 și, totodată, și-a restabilit autoritatea sa canonică asupra teritoriului ucrainean. Subordonarea în secolul al XVII-lea a Bisericii Ucrainene de către Biserica Rusă este apreciată drept un abuz pe care Constantinopolul l-a tolerat într-un anumit context istoric și politic, dar nu l-a validat, în fond, niciodată.

În baza acestei interpretări a acordat Patriarhia Ecumenică autocefalie Bisericii Ortodoxe din Polonia în anul 1924, considerat un precedent creat (jurisprudență și practică canonică), aplicabil și acum în cazul Bisericii Ortodoxe din Ucraina.

În cel mai scurt timp, este necesar să se întrunească fie Sinaxa Întâistătorilor Bisericilor Ortodoxe Autocefale, fie chiar un Sfânt și Mare Sinod Ortodox, spre găsirea și adoptarea unei soluții canonice pentru o recunoaștere *de facto* și *de jure* a independenței Bisericii ucrainene.

Așadar, privind aceste câteva exemple de jurisprudență canonică se observă faptul că un factor determinant al dorinței de independență a Bisericilor locale a fost independența statală în cadrul căruia funcționa Biserica respectivă, bazată pe *principiul autodeterminării*¹⁷ națiunilor sau a popoarelor. Acest principiu este parte a dreptului internațional care prevede dreptul popoarelor și al națiunilor de a-și determina singure cursul propriei dezvoltări pe plan politic, economic, cultural, social și religios fără intervenții directe sau indirecte din exterior. Astfel, actul autocefaliei în baza acestui principiu este un act voit de poporul credincios, de voința politică și mai ales de conducerea ierarhică-sinodală a Bisericii locale-naționale respective, care își desfășoară activitatea într-o jurisdicție clară, în interiorul granițelor statului național suveran. Etnosul¹⁸ sau neamul reprezintă un temei divin și principiu canonic al autocefaliei bisericești.

3. Condițiile canonico-statutare de acordare a autocefaliei sau independenței bisericești

Dreptul de acordare a Autocefaliei în Ortodoxie îl atestă și îl certifică în mod suveran și absolut, toate Bisericile autocefale ortodoxe, conform practicii canonice „*Consensus Ecclesiae Dispersae*”¹⁹, care are valoarea unei hotărâri date de un Sinod Ecumenic sau Panortodox, procedându-se pe cale de consens general la respingerea sau implicit confirmarea sau infirmarea calității de autocefală a unei unități bisericești, fără amestecul vreunei alte puteri sau entități exterioare de natură politică sau socială.

Neexistând o procedură uniformizată a dobândirii dreptului autocefaliei, în multe cazuri una sau mai multe Biserici Ortodoxe Autocefale și-au văzut nedreptățite interesele legate de o Biserică numită fiică, și astfel s-a ajuns la tot felul de neînțelegeri și chiar schisme în Ortodoxie. Drept urmare, în actul solemn de acordare a autocefaliei unei Biserici locale, trebuie îndeplinite mai multe condiții canonice și administrative²⁰, atât din partea Bisericii-fiice care cere autocefalia, dar și din partea Bisericii-mamă care acordă autocefalia, precum și din partea Bisericilor autocefale surori care recunosc autocefalia în cauză, de aici rezultând o serie de drepturi și obligații din partea tuturor părților angrenate în acest proces complex.

Condițiile care se desprind din practica și din doctrina canonică a Bisericii în ceea ce privește acordarea și obținerea autocefaliei în cadrul Ortodoxiei Universale sunt:

a) Condițiile din partea Bisericii care cere autocefalia:

– să dovedească statornicie în dreapta credință, precum și în păstrarea rânduielilor tradiționale cu caracter ceremonial-liturgic și disciplinar canonic;

¹⁷ Carta O.N.U., art. 1; rezoluția 675/VII și 676/VII din 1952, principiu cuprins apoi în cele 2 Pacte Internaționale privind drepturile omului 1966 și Declarația privind principiile de drept internațional 1970.

¹⁸ Iorgu D. Ivan, *Etnosul-neamul, temei divin și principiu fundamental canonic autocefaliei bisericești*, în „Centenarul Autocefaliei Bisericii Ortodoxe Române 1885-1985”, Ed. Institutului Biblic și de Misiune al Bisericii Ortodoxe Române, București, 1987, p. 186.

¹⁹ *Idem*, *Preocupări și studii de drept canonic*, în vol. „Douăzeci de ani din viața Bisericii Ortodoxe Române, 1948-1968”, București, 1968, p. 330.

²⁰ A se vedea pe larg Liviu Stan, *Despre autocefalie*, în „Ortodoxia”, VIII (1956), nr. 3, pp. 369-396.

- să dovedească maturitate în conducerea de sine, adică să se dovedească bună chivernisitoare a treburilor curente;
- să dispună de cel puțin 3-4 ierarhi, hirotoniți și investiți canonic, pentru a se putea constitui un sinod autocefal, în conformitate cu prevederile canonice;
- să existe o dorință și o năzuință manifestată pentru autocefalie și în sânul credincioșilor, nu numai în sânul clerului și al ierarhiei Bisericii respective;
- ierarhia bisericească în cauză să ceară autocefalia în mod formal, în numele său și în numele clerului și credincioșilor, adresându-se Bisericii-mamă sub jurisdicția căreia de găsește și arătând temeiurile care-i îndreptătesc cererea. Nu este îngăduit ca autocefalia să se proclame fără aprobarea Bisericii-mamă (conf. can. 34 Apost.; 9 Antohia; 17 Cartagina etc.);
- ierarhia în cauză, cerând autocefalia, trebuie să se pună de acord în această privință cu statul pe teritoriul căruia se găsește și să o ceară în granițele statului respectiv;
- după obținerea autocefaliei, noua Biserică autocefală trebuie să vestească despre acest lucru prin scrisori pe toate celelalte Biserici Autocefale, rugându-le să o primească în comunitatea lor.

b) *Condițiile din partea Bisericii-mamă care acordă autocefalia:*

- să emită un *Tomos* sinodal, prin care se conferă autocefalia;
- tomosul trebuie să arate temeinicia actului de proclamare a autocefaliei și să specifice drepturile pe care le primește o Biserică autocefală;
- să vestească toate celelalte Biserici autocefale despre crearea noii autocefalii, comunicându-le tomosul sinodal (conf. Can. 8 Sin. III Ec.), și rugându-le să consimtă.

c) *Condițiile din partea Bisericii Ortodoxe Universale:*

- noua autocefalie să fie recunoscută de toate Bisericile deja autocefale, făcându-se această recunoaștere prin scrisori sau acte de consimțământ, ca răspuns la scrisorile Bisericii-mamă și ale noii Biserici autocefale;
- în cazul în care unei unități bisericești nu i s-ar recunoaște autocefalia de către Biserica-mamă, deși respectiva autocefalie ar fi legitimă și a fost cerută cu respectarea rânduielilor canonice, celelalte Biserici autocefale au dreptul să intervină pentru a se acorda autocefalia cerută, după cum pot să intervină și pentru a nu se recunoaște autocefalia sau pentru a se retrage autocefalia unei Biserici care nu îndeplinește condițiile în acest scop²¹.

Biserica nu a recunoscut niciodată statului dreptul de a proclama el însuși autocefalia, între cele două entități existând un raport de cooperare și întrajutorare spre binele comun al cetățenilor statului, respectiv credincioșilor Bisericii. De aceea, nu au lipsit cazurile în care sinoadele au autorizat puterea de stat, fie să proclame autocefalia, fie să confirme autocefalia deja existentă. Cât privește faptul că unele Biserici autocefale s-au substituit altora în acordarea autocefaliilor, trebuie observat că astfel de acte nu au niciun temei canonic, ci constituie imixtiune în jurisdicție străină, prin încălcarea principiului jurisdicțional.

Principiul autocefaliei, în comparație cu suveranitatea politică sau independența statală, presupune următoarele limite: neintervenția în treburile interne al unei Biserici autocefale față de celelalte Biserici autocefale surori; integritatea frontierelor teritoriale canonice, adică respectarea jurisdicției canonice; și drepturile egale ale Bisericilor autocefale²² ca subiecți ai relațiilor inter-bisericești sau inter-ortodoxe. Autocefalia trebuie înțeleasă în cadrul practicii eclesiologice ca o interdependență bisericească și nu ca o independență totală²³, care mai degrabă ar părea o ruptură sau o izolare, practică ce nu a existat niciodată și este străină de tradiția canonică răsăriteană, pentru că Bisericile Ortodoxe autocefale rămân întotdeauna în unitate dogmatică, canonică și liturgică.

4. Autocefalia, temă propusă spre dezbateră și reglementarea ei de Sfântul și Marele Sinod Panortodox

Pentru a avea o imagine de ansamblu și cât mai clară în privința importanței și necesității problemei autocefaliei din cadrul Ortodoxiei Universale, amintim faptul că, la Întrunirea Comisiei Interortodoxe pregătitoare organizată la Mănăstirea Vatoped în anul 1930, la care a fost adoptată prima listă de teme pentru Sfântul și Marele Sinod al Bisericii Ortodoxe, la subiectul privind relațiile dintre diferitele Biserici Ortodoxe, a fost identificată una dintre cele mai „*sensibile chestiuni, respectiv aceea a definirii condițiunilor potrivit cărora se proclamă și se recunoaște autocefalia unei Biserici Ortodoxe, precum și definirea numărului Bisericilor autocefale ortodoxe recunoscute azi, în vederea intercomuniunii canonice și a participării lor la conferințele și sinoadele interortodoxe fără împiedicare*”²⁴.

În lista temelor aprobate la Conferința Panortodoxă de la Rhodos din 1961, este stipulat și subiectul „*Autocefalia și autonomia în Biserica Ortodoxă: proclamarea autocefaliei; cine este cel care o proclamă?; premise și condiții;*

²¹ Liviu Stan, *Despre autocefalie*, în „Biserica și Dreptul. Principiile Dreptului Canonic Ortodox”, vol. III, Ed. Andreiana, Sibiu, pp. 83-87.

²² Andrey Shishkov, *Church Autocephaly as Sovereignty: A Schmittian Approach*, în „St Vladimir's Theological Quarterly”, 60.3 (2016), p. 389.

²³ † Hierotheos, Metropolitan of Nafpaktos, *The institution of Autocephaly in the Orthodox Church*, pe <http://www.parembasis.gr/index.php/articles-in-english/5514-2018-11-19-en>, 20.02.2019.

²⁴ Pr. Prof. Dr. Viorel Ioniță, *Hotărârile Întrunirilor Panortodoxe din 1923 până în 2009*, Ed. Basilica, București, 2013, p. 33.

modalitatea proclamării autocefaliei; care sunt Bisericele autocefale recunoscute astăzi?”²⁵. Lista celor 14 Biserici Ortodoxe Autocefale recunoscute este: Patriarhia Constantinopolului, Patriarhia Alexandriei, Patriarhia Antiohiei, Patriarhia Ierusalimului, Patriarhia Moscovei și a toată Rusia, Patriarhia Sârbă, Patriarhia Română, Patriarhia Bulgariei, Patriarhia Georgiei, Biserica Ciprului, Biserica Greciei, Biserica Poloniei, Biserica Albaniei și Biserica Cehiei și Slovaciei.

De asemenea, la Prima Conferință Panortodoxă Presinodală din 21-28 noiembrie 1976 de la Chambésy, Elveția, s-a făcut referire la faptul că „Sinodul va trebui să se aplece asupra chestiunilor arzătoare, care împiedică funcționarea normală a împreună-lucrării Bisericilor locale într-o singură și unică Biserică Ortodoxă, în plenitudinea sensului său eclesiologic și canonic și să dea acestor probleme soluția convenabilă”²⁶, discutându-se între cele 10 teme generale ale Sfântului și Marelui Sinod despre relațiile dintre Bisericele Ortodoxe întreolaltă (diaspora, autocefalia, autonomia și dipticele).

Această problemă a fost reluată și discutată în cadrul celei de V-a întruniri a Comisiei Interortodoxe Pregătitoare, în perioada 9-17 decembrie 2009 de la Chambésy, Elveția, unde „comisia a examinat conținutul paragrafului 3.c., privind *«Autocefalia și modul ei de proclamare»*, transmisă prezentei comisii de către reuniunea precedentă din 1993, pentru o examinare complementară și pentru căutarea consensului Bisericilor locale. Acest paragraf se referă la proclamarea autocefaliei și la modul de semnare a acestuia. Comisia a fost de acord în unanimitate că, exprimând consimțământul Bisericii mame și consensul panortodox, Patriarhul ecumenic proclamă oficial autocefalia Bisericii solicitante și promulgă tomosul de autocefalie. Acest tomos va fi semnat de către Patriarhul ecumenic, de către Preafericirile lor Primații Preasfintelor Biserici Ortodoxe, invitați pentru aceasta de către Patriarhul ecumenic, adăugând la aceasta împreună-mărturia lor, prin aplicarea semnăturilor lor”²⁷.

Astfel, discuția privind acordarea autocefaliei este una avansată, rămânând de clarificat doar problema semnării tomosului de acordare a acesteia, o chestiune nu doar de ordin formal, ci care implică aspecte eclesiologice. Așadar, constatăm faptul că problema autocefaliei nu a fost luată spre dezbateră nici în cea de V-a Conferință Panortodoxă Presinodală din anul 2015, 11-17 octombrie de la Chambésy și nici nu s-a aflat pe ordinea de zi a Sfântului și Marelui Sinod din Creta, 16-27 iunie 2016, unde s-a dezbătut și adoptat doar tema *„Autonomiei și modului proclamării acesteia”*²⁸.

*Patriarhul Ecumenic Bartolomeu I și-a manifestat regretul că nu s-a reușit ca pe ordinea de zi a Sfântului și Marelui Sinod din Creta să fie trecută spre dezbateră problema autocefaliei, din cauză că „în acest moment nu există omofonie – și pentru această situație nu este de vină Patriarhia Ecumenică – ceea ce a făcut ca Autocefalia să nu intre pe ordinea de zi a temelor Sfântului și Marelui Sinod; se înțelege de la sine situația existentă de secole, ad referendum spre a fi reportată la un viitor Sinod Ecumenic și bineînțeles nu sunt îndreptățiți cei care poartă responsabilitatea absenței de la Sfântul și Marele Sinod să reacționeze violent și să divizeze fără frică de Dumnezeu unitatea Bisericii”*²⁹.

Autocefalia rămâne așadar, o temă de reflecție și gândire teologică canonică și juridică pentru întreaga Ortodoxie, care va trebui să fie dezbătută cât mai repede posibil de o Comisie interortodoxă și apoi de un Congres Panortodox, stabilită prin consens de toate Bisericele Ortodoxe Autocefale, asumată și aprobată într-un Sfânt și Mare Sinod al Ortodoxiei, pentru a se evita alte conflicte în materie de autocefalie bisericească.

5. Concluzii

Prin urmare, autocefalia exprimă deplina maturitate a unei Biserici organizate într-un sistem sinodal regional, iar dobândirea autocefaliei nu este altceva decât recunoașterea formală, canonică a unui fapt deja existent. Principiul autocefaliei nu împiedică în nici un fel conceptul de unitate atunci când se bazează pe practica canonică existentă.

Drepturile fundamentale ale unei Biserici autocefale sunt: dreptul de a se conduce și de a reglementa toate problemele interne fără intervenția vreunei entități exterioare, fie bisericești, fie politico-statale, și dreptul de a-și numi și alege ierarhia, inclusiv întâistătorul.

Obținerea autocefaliei având ca motiv principal baza națională pentru organizarea unei Biserici autocefale, nu constituie o premisă obligatorie și nici singura bază sau cadru natural care reclamă sau justifică organizarea unei unități autocefale. Dreptul de acordare a Autocefaliei în Ortodoxie îl atestă și îl certifică în mod suveran și absolut, toate Bisericele ortodoxe autocefale, conform principiului *„Consensus Ecclesiae Dispersae”*, care are valoarea unei hotărâri date de un Sinod Ecumenic sau Panortodox, procedându-se pe cale de consens general la respingerea sau

²⁵ *Ibidem*, pp. 165-166.

²⁶ *Ibidem*, p. 89.

²⁷ *Ibidem*, p. 130.

²⁸ A se vedea documentul oficial complet pe <http://basilica.ro/sfantul-si-marele-sinod-autonomia-si-modul-ei-de-proclamare-document-oficial/>, 15.01.2019.

²⁹ ***, Patriarhul Bartolomeu, despre situația bisericii din Ucraina, pe <https://jurnalul.antena3.ro/stiri/observator/patriarhul-bartolomeu-despre-situatia-bisericii-din-ucraina-792970.html>, 15.01.2019.

implicit confirmarea sau infirmarea calității de autocefală a unei unități bisericești, fără amestecul vreunei alte puteri sau entități exterioare de natură politică sau socială (principiul autonomiei bisericești).

Autocefalia sau dobândirea independenței unei Biserici locale, este o problemă națională și bisericească, iar elementul mirean are un rol foarte important, în vederea obținerii autocefaliei, pe baza principiului autodeterminării și principiului organic sau constituțional-bisericesc. Problema autocefaliei este una complexă, cu foarte multe variabile și influențată de diverși factori de ordin politic, istoric, social, juridic, religios și etnic.

Condiția primordială a recunoașterii autocefaliei unei Biserici este „conservarea unității indisolubile a credinței în legătura dragostei”³⁰, a unității euharistice și a comuniunii eclesiologice.

Astăzi, tema autocefaliei nu se limitează doar la problemele implicate în acordarea și obținerea autocefaliei, ci include și aspecte precum posibilitatea de a interveni în jurisdicția unei biserici autocefale locale, guvernarea asupra parohiilor aflate în afara teritoriile canonice ale bisericilor autocefale (adică în diaspora ortodoxă), funcționarea instituțiilor panortodoxe³¹ (supra-autocefale, ex. sinaxa Întâistătătorilor Bisericilor Autocefale) și necesitatea lor în relațiile inter-bisericești.

Jurisprudența în materie canonică asupra actului juridico-canonic al autocefaliei bisericești este una bogată și variată, iar pentru a se evita pe viitor alte disensiuni în cadrul Ortodoxiei, trebuie să se țină cont de tradiția istorico-canonică existentă, dar mai ales să se ajungă la un consens și la o finalizare a regulamentului și procedurii de acordare și recunoaștere a autocefaliei sau a independenței unei Biserici ortodoxe locale, pentru a da un mesaj de unitate și dragoste frățească întregii lumi creștine și nu numai.

³⁰ Gabriel-Viorel Gărdan, *Unitatea și autocefalia Bisericii în dialogul panortodox presinodal*, în „Studia Theologia Orthodoxa”, 2011, nr. 1, p. 98.

³¹ Andrey Shishkov, *art. cit.*, pp. 373-374.

JURISPRUDENȚA – PRACTICĂ NEUNITARĂ A ART. 24 DIN LEGEA NR. 554/2004 A CONTENCIOSULUI ADMINISTRATIV

Jurisprudence – Non-Unitarian Jurisprudence of Article 24 of Law no. 554/2004 The Administrative Contentious

Anca-Verginica ALDESCU*

Rezumat: *Practica judiciară unitară a instanțelor de judecată asigură respectarea principiului puterii de lucru judecat, dar și realizarea unei singure interpretări care să fie aplicată tuturor justițiabililor.*

În schimb, contrarietatea între hotărârile definitive ale instanțelor, pronunțate în cauze similare, în privința altor părți care sunt în aceeași situație și incertitudinea jurisprudențială este de natură a reduce încrederea justițiabililor în justiție și contravine principiului securității raporturilor juridice ca element esențial al preeminenței dreptului.

Unul dintre textele de lege care a dat naștere multor interpretări, ajungându-se până la uzitarea instrumentelor juridice în vederea oferirii unei singure opinii jurisprudențiale, îl reprezintă art. 24 din Legea nr. 554/2004.

Acest text de lege în continuare dă naștere la o practică judiciară neunitară, chiar dacă de-a lungul timpului a făcut obiectul sesizării atât a Înaltei Curți de Casație și Justiție, în vederea pronunțării unor hotărâri pentru dezlegarea chestiunilor de drept, dar și al Curții Constituționale. Problemele cele mai importante pe care le-a ridicat acest text de lege sunt redat succint în prezentul articol.

Cuvinte-cheie: *art. 24 din Legea nr. 554/2004, practică neunitară, interpretarea ÎCCJ, excepție de neconstituționalitate*

Abstract: *The unitary judicial practice of the courts ensures the respect of the principle of the power of trial, but also the realization of a single interpretation to be applied to all the litigants.*

Instead, the contradiction between final judgments given in similar cases in respect of other parties in the same situation and the jurisprudence uncertainty is likely to reduce the confidence of the litigants in legal proceedings and is contrary to the principle of legal certainty as an essential element of the preeminence of the law.

One of the legal texts that gave rise to many interpretations, reaching the use of legal instruments to provide a single case-law opinion, is art. 24 of Law no. 554/2004.

This legal text continues to give rise to a non-unitary judicial practice, even though it has been the subject of both the High Court of Cassation and Justice for the purpose of ruling on issues of law, but also of the Constitutional Court. The most impressive issues raised by this text are summarized in this article.

Keywords: *Art. 24 of Law no. 554/2004, non-unitary practice, the interpretation of the HCCJ, exception of unconstitutionality*

Textul legal

Conform art. 24 din Legea nr. 554/2004 a contenciosului administrativ¹, în varianta în vigoare în prezent: „(1) Dacă în urma admiterii acțiunii autoritatea publică este obligată să încheie, să înlocuiască sau să modifice actul administrativ, să elibereze un alt înscris sau să efectueze anumite operațiuni administrative, executarea hotărârii definitive se face de bunăvoie în termenul prevăzut în cuprinsul acesteia, iar în lipsa unui astfel de termen, în termen de cel mult 30 de zile de la data rămânerei definitive a hotărârii.

(2) În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se duce la îndeplinire prin executare silită, parcurgându-se procedura prevăzută de prezenta lege.

(3) La cererea creditorului, în termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită, care curge de la expirarea termenelor prevăzute la alin. (1) și care nu au fost respectate în mod culpabil, instanța de executare, prin hotărâre dată cu citarea părților, aplică conducătorului autorității publice sau, după caz, persoanei obligate o amendă de 20% din salariul minim brut pe economie pe zi de întârziere, care se face venit la bugetul de stat, iar reclamantului îi acordă penalități, în condițiile art. 906 C. pr. civ.

(4) Dacă în termen de 3 luni de la data comunicării hotărârii de aplicare a amenzii și de acordare a penalităților debitorul, în mod culpabil, nu execută obligația prevăzută în titlul executoriu, instanța de executare, la cererea creditorului, va fixa suma ce se va datora statului și suma ce i se va datora lui cu titlu de penalități, prin hotărâre dată

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: anca.aldescu@yahoo.com.

¹ Publicată în M. Of. nr. 1154 din 7 decembrie 2004.

cu citarea părților. Totodată, prin aceeași hotărâre, instanța va stabili, în condițiile art. 892 din Codul de procedură civilă, despăgubirile pe care debitorul le datorează creditorului pentru neexecutarea în natură a obligației.

(5) În lipsa cererii creditorului, după împlinirea termenului prevăzut la alin. (4), compartimentul executări civile al instanței de executare va solicita autorității publice relații referitoare la executarea obligației cuprinse în titlul executoriu și, în cazul în care obligația nu a fost integral executată, instanța de executare va fixa suma definitivă ce se va datora statului prin hotărâre dată cu citarea părților”.

Acest articol din legea contenciosului administrativ a născut multe controverse în practica judecătorească fiind nevoie de intervenția fie a Înaltei Curți de Casație și Justiție, fie a Curții Constituționale pentru a lămuri unele aspecte.

Deși modificat succesiv atât prin Legea nr. 138/2014², cât și prin Legea nr. 212/2018³, art. 24 din Legea nr. 554/2004 nu și-a schimbat substanța, astfel încât problemele ridicate în practică și soluțiile oferite anterior de către instanțe acestor probleme rămân de actualitate și în varianta în vigoare a acestui text legal.

În cele ce urmează vom arăta cazurile în care a fost nevoie de intervenția instanțelor pentru a interpreta textul art. 24 din Legea nr. 554/2004, în varianta în vigoare anterior ultimei modificări prin Legea nr. 212/2018.

Lipsa de interes în formularea unei acțiuni întemeiată pe dispozițiile art. 24 din Legea nr. 554/2004

O practică judiciară inconstantă o întâlnim și în cazul în care pe parcursul litigiului întemeiat pe dispozițiile art. 24 din Legea nr. 554/2004 obligația din titlul executoriu a fost executată.

Unele instanțe, inclusiv ÎCCJ au stabilit că în acest caz, litigiul întemeiat pe prevederile art. 24 din Legea nr. 554/2004 rămâne lipsit de interes, deoarece obligația fiind executată interesul nu mai este actual pe tot parcursul litigiului, iar alte instanțe au decis că este suficient ca interesul să existe la data promovării litigiului pentru a se pronunța în sensul art. 24 din Legea nr. 554/2004 și de a amenda pe conducătorul acesteia pentru nerespectarea obligațiilor stabilite prin titlul executoriu.

Astfel, prin Decizia civilă nr. 341/17.02.2011 pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal⁴ s-a stabilit că: atunci când obligația dispusă prin hotărârea judecătorească pronunțată în contencios administrativ a fost executată, fie și pe parcursul judecării cererii privitoare la neexecutare, reclamantul nu mai justifică un interes în susținerea cererii de aplicare a amenzii, întrucât scopul amenzii judiciare civile reglementate de art. 24 din Legea nr. 554/2004 este asigurarea executării în natură a obligației de a face, amenda constituind un mijloc de presiune. În ipoteza executării, acest scop nu mai există.

În condițiile în care reclamantul a obținut executarea în natură a obligației, iar pentru repararea prejudiciului de ordin moral sau material produs prin executarea cu întârziere a obligației are dreptul la despăgubiri, se constată că sancționarea conducătorului autorității prin aplicarea amenzii judiciare nu ar fi în măsură să aducă reclamantului vreun folos practic.

Având în vedere că interesul trebuie să subziste pe tot parcursul procesului, cererea de aplicare a amenzii este lipsită de interes.

Într-o asemenea situație cine trebuie să plătească cheltuielile de judecată?

Curtea de Apel București – Secția a VIII a Contencios Administrativ și Fiscal prin Decizia civilă nr. 341/17.02.2011 a oferit răspuns și la această întrebare și a decis că, chiar dacă cererea de aplicare a amenzii judiciare nu mai poate fi susținută pentru motivele mai sus arătate, se constată că aparține părților persoane fizice culpa procesuală pentru promovarea acțiunii în aplicarea dispozițiilor art. 24 și următoarele din Legea nr. 554/2004. Astfel, părții, în calitate de conducători ai autorității obligate prin hotărârea judecătorească la comunicarea informațiilor, poartă răspunderea pentru neexecutarea obligației în termenul legal.

Pe de altă parte, faptul că alte persoane (angajați, funcționari) s-ar fi făcut vinovate de neîndeplinirea obligațiilor de serviciu, neaducând la cunoștința directorului dispozițiile hotărârii judecătorești, nu poate fi opus reclamantei. Conform prevederilor art. 24 din Legea nr. 554/2004, amenda se aplică la cererea persoanei vătămate conducătorului autorității. Deci răspunderea acestuia nu este condiționată de culpa sa în neîndeplinirea obligației (răspundere pentru fapta proprie), ci este una obiectivă.

La rândul său, conducătorul autorității se poate îndrepta împotriva persoanei care se face vinovată de neîndeplinirea obligațiilor de serviciu, determinând prin fapta sa neexecutarea sau executarea cu întârziere a obligației dispuse prin hotărârea pronunțată în contencios administrativ. Având în vedere aceste considerente, Curtea de Apel București va menține dispozițiile referitoare la obligarea părților persoane fizice la plata cheltuielilor de judecată.

² Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe, Publicată în M. Of. nr. 753 din data de 16 octombrie 2014.

³ Legea nr. 212/2018 pentru modificarea și completarea Legii contenciosului administrativ nr. 554/2004 și a altor acte normative, Publicată în M. Of. nr. 658 din data de 30 iulie 2018.

⁴ Pentru detalii a se vedea link: <https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-17k46kg/>; data ultimei accesări 11.03.2019.

În același sens s-a pronunțat și ÎCCJ, secția de contencios, prin Decizia nr. 414/2013 în dosarul nr. 6061/2/2011⁵.

Astfel, ÎCCJ a precizat că art. 24 și următoarele din Legea contenciosului administrativ nr. 54/2004 instituie o procedură prin care se urmărește a se înfrânge rezistența conducătorilor autorităților publice la executarea hotărârilor judecătorești prin aplicarea unei amenzi de 20% din salariul minim brut pe economie pe zi de întârziere, amenda aplicabilă având dublul rol de presiune și de sancționare a persoanelor ce exercită astfel de funcții.

Amenda prevăzută la art. 24 alin. (2) din Legea nr. 554/2004 are rolul unei măsuri de constrângere, iar nu rolul unei sancțiuni. De aceea, în măsura în care, la momentul soluționării acțiunii în instanță, hotărârea judecătorească a fost deja dusă la îndeplinire, cererea prin care se solicită aplicarea amenzii nu mai este întemeiată. Cu alte cuvinte, amenda prevăzută la art. 24 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, poate fi aplicată doar în măsura în care, la momentul soluționării cauzei, instanța ar reține faptul că obligația dispusă printr-o hotărâre judecătorească nu a fost încă adusă la îndeplinire. După momentul aducerii la îndeplinire a obligațiilor dispuse prin hotărâri judecătorești, singurul lucru pe care persoana vătămată îl mai poate solicita, este acordarea de daune interese.

Având ca repere textele art. 24 alin. (1) și (2) rezultă că amenda procesual-administrativă amintită se aplică exclusiv conducătorilor autorităților publice, iar nu și funcționarilor din cadrul acelor autorități care se fac vinovați de neexecutarea unor astfel de hotărâri. Aceste din urmă persoane nu pot fi chemate în judecată alături de conducătorii autorităților publice, pentru sancționarea lor în temeiul art. 24 alin. (2) din Legea nr. 554/2004, răspunderea lor putând fi angajată numai în baza art. 26 din lege, prin promovarea unei acțiuni în regres.

De asemenea, în cadrul procedurii reglementată în art. 24-25 din lege nu pot fi chemați în judecată funcționarii care au contribuit la elaborarea sau emiterea actului administrativ, în temeiul art. 16 alin. (1) din același act normativ. Astfel de cereri pot fi formulate numai în cadrul acțiunilor în contencios administrativ în baza art. 8 din Legea nr. 554/2004.

Într-o interpretare corectă a prevederilor legale precizate, amendarea pentru neexecutarea unei hotărâri judecătorești în termenul de 30 de zile prevăzut în alin. (1) al aceluiași articol, este posibilă numai în ipoteza în care se produc probe care să demonstreze culpa conducătorului autorității publice în privința neexecutării unei asemenea hotărâri. Altfel, într-o interpretare contrară s-ar ajunge la situația aplicării amenzii chiar și atunci când neexecutarea s-ar datora unor motive obiective, neimputabile, ceea ce în mod evident nu ar fi în spiritul reglementării din art. 24 al Legii contenciosului administrativ.

O opinie contrară însă o regăsim la Curtea de Apel Timișoara care, chemată să se pronunțe pe lipsa de interes având în vedere că pe parcursul litigiului prin care s-a cerut amendarea conducătorului instituției obligația din titlul executoriu a fost executată, a decis că „în ceea ce privește lipsa de interes a reclamantului, invocată de recurenți prin prisma faptului că hotărârea ce constituie titlu executoriu a fost adusă la îndeplinire, Curtea observă că la data sesizării instanței, obligația nu a fost îndeplinită, aceasta fiind îndeplinită doar ulterior momentului pronunțării hotărârii atacate. În aceste împrejurări nu se poate reține că reclamantul nu mai justifică un interes în promovarea cererii sale, interesul existând și fiind actual inclusiv la momentul pronunțării hotărârii de către instanța de fond”⁶.

Prevederile art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 sunt constituționale?

În legătură cu prevederile art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 a fost sesizată Curtea Constituțională cu o excepție de neconstituționalitate în ceea ce privește caracterul definitiv al încheierii pronunțate de instanța de executare.

Art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 în varianta în vigoare la data sesizării Curții Constituționale prevedea că: „La cererea creditorului, în termenul de prescripție a dreptului de a obține executarea silită, care curge de la expirarea termenelor prevăzute la alin. (1) și care nu au fost respectate, instanța de executare, prin încheiere definitivă dată cu citarea părților, aplică conducătorului autorității publice sau, după caz, persoanei obligate o amendă de 20% din salariul minim brut pe economie pe zi de întârziere, care se face venit la bugetul de stat, iar reclamantului îi acordă penalități, în condițiile art. 905 din Codul de procedură civilă”.

Prin Decizia nr. 898 din 17 decembrie 2015⁷, Curtea Constituțională a constatat că soluția legislativă potrivit căreia încheierea prevăzută de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 este „definitivă” este neconstituțională.

Examinând excepția de neconstituționalitate, Curtea Constituțională a reținut că accesul, formularea și exercitarea căilor de atac, reprezintă un aspect al accesului liber la justiție, drept fundamental protejat de art. 21 din Constituție⁸. Eliminarea căii de atac în materia analizată și, în consecință, stabilirea caracterului definitiv al încheierii de amendare

⁵ Pentru detalii a se vedea link: <https://legeaz.net/spete-contencios-inalta-curte-iccj-2013/decizia-414-2013>; data ultimei accesări 11.03.2019.

⁶ Decizia civilă nr. 87/22.01.2019 pronunțată de Curtea de Apel Timișoara, Secția de contencios administrativ și fiscal, în Dosarul nr. 4206/30/2018, nepublicată.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 148 din 26 februarie 2016.

⁸ A se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 462 din 17 septembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 775 din 24 octombrie 2014.

a conducătorului autorității publice, constituie o limitare a accesului la justiție. Prin urmare, în raport de criticile formulate, revine Curții Constituționale sarcina de a analiza, prin prisma unui test de proporționalitate dezvoltat în jurisprudența sa⁹ dacă această soluție legislativă are un scop legitim și este proporțională cu acel scop.

Conform principiului proporționalității, orice măsură luată trebuie să fie adecvată – capabilă în mod obiectiv să ducă la îndeplinirea scopului, necesară – indispensabilă pentru îndeplinirea scopului și proporțională – justul echilibru între interesele concrete pentru a fi corespunzătoare scopului urmărit. Astfel, în vederea realizării testului de proporționalitate, Curtea trebuie, mai întâi, să stabilească scopul urmărit de legiuitor prin măsura criticată și dacă acesta este unul legitim, întrucât testul de proporționalitate se va putea raporta doar la un scop legitim.

Analizând expunerea de motive a Legii nr. 138/2014, care a dat această formă textelor criticate, Curtea a constatat că aceasta nu se referă punctual la modificarea dispozițiilor Legii nr. 554/2004, ci privește procedura executării silite reglementate de Codul de procedură civilă. În același timp însă, prin reglementarea art. 24 și 25 din Legea nr. 554/2004, procedura executării silite în materia contenciosului administrativ a fost configurată ca o procedură distinctă [art. 24 alin. (2): „În cazul în care debitorul nu execută de bunăvoie obligația sa, aceasta se duce la îndeplinire prin executare silită, parcurgându-se procedura prevăzută de prezenta lege.”] În lipsa unor referiri directe la textele examinate în prezenta cauză, ce ar sluji unei interpretări teleologice a acestora, se poate deduce că modificarea lor se înscrie în scopul general al Legii nr. 138/2014, și anume acela de degrevare a instanțelor judecătorești în această materie, precum și de reglementare coerentă, unitară și eficientă a executării silite. Este un scop legitim, circumscris efectivității liberului acces la justiție, a cărui importanță este subliniată deopotrivă de Curtea Constituțională și Curtea Europeană a Drepturilor Omului.

De asemenea, prevederile legale criticate sunt adecvate scopului arătat. În acest sens, Curtea a constatat că instituirea caracterului definitiv al încheierii de amendare a conducătorului autorității pentru neexecutarea hotărârilor judecătorești este, în abstracto, o măsură adecvată pentru eficientizarea executării silite, într-o procedură caracterizată prin celeritate, cu precădere necesară în contextul unui contencios administrativ.

Cât privește caracterul necesar, Curtea a stabilit că pentru realizarea scopului mai sus arătat, legiuitorul putea proceda la adoptarea de măsuri mai puțin intruzive decât cea criticată. Eliminarea căii de atac împotriva soluției de amendare a conducătorului autorității nu este, în mod necesar, unica măsură aflată la dispoziția legiuitorului pentru eficientizarea executării silite în materia contenciosului administrativ.

Astfel, măsura reglementată nu apare ca fiind proporțională cu scopul legitim urmărit, din perspectiva relației existente între interesul general și cel individual. Considerentele/obiectivele care privesc interesul general al statului de a asigura efectivitatea executării silite și interesul particularilor de a-și vedea realizate titlurile executorii, trebuie realizate cu respectarea deopotrivă a drepturilor și intereselor legitime ale celorlalte persoane implicate în procedura de executare silită, așadar și a conducătorului autorității publice susceptibil de a fi amendat pentru neexecutarea hotărârilor judecătorești definitive. Or, dispozițiile legale criticate consacră un dezechilibru între aceste interese concurente.

Pe cale de consecință, eliminarea căii de atac împotriva soluției de amendare a conducătorului autorității publice, și lipsirea acestuia de posibilitatea de a supune controlului judiciar o asemenea soluție, constituie o măsură excesivă, ce depășește cadrul constituțional referitor la exercitarea căilor de atac. Este de necontestat că legiuitorul poate limita numărul căilor de atac, însă, în cauză, prin consacrarea caracterului definitiv al soluției pronunțate cu privire la cererea de amendare a conducătorului autorității a fost eliminată singura cale de atac existentă în această materie. Aceasta în condițiile în care, astfel cum Curtea a statuat într-o jurisprudență constantă, semnificația sintagmei „în condițiile legii”, cuprinsă în dispozițiile art. 129 din Constituție, „se referă la condițiile procedurale de exercitare a căilor de atac și nu are în vedere imposibilitatea exercitării oricărei căi de atac împotriva hotărârilor judecătorești prin care se soluționează fondul cauzei”¹⁰.

În concluzie, Curtea Constituțională a constatat că prin consacrarea caracterului definitiv al încheierii de amendare a conducătorului autorității publice pentru neexecutarea hotărârilor judecătorești, și eliminarea în acest mod a controlului judiciar al soluțiilor pronunțate în această materie, se aduce atingere accesului liber la justiție în substanța sa, încălcându-se astfel prevederile art. 21 din Constituție.

Care este interpretarea corectă a prevederilor art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004

Art. 24 alin. (4)¹¹ din Legea nr. 554/2004, în varianta în vigoare anterior modificării aduse prin Legea nr. 212/2018, a făcut obiectul analizei ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, în sensul de a se

⁹ A se vedea, în acest sens, Decizia Curții Constituționale nr. 266 din 21 mai 2013, publicată în M. Of. nr. 443 din 19 iulie 2013.

¹⁰ A se vedea și Deciziile nr. 45 din 14 martie 2000, publicată în M. Of. nr. 370 din 9 august 2000, sau nr. 84 din 4 mai 2000, publicată în M. Of. nr. 367 din 8 august 2000.

¹¹ Art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 în varianta anterioară modificării aduse prin Legea nr. 212/2018: „Dacă în termen de 3 luni de la data comunicării încheierii de aplicare a amenzi și de acordare a penalităților debitorul nu execută obligația prevăzută în titlul executoriu, instanța de executare, la cererea creditorului, va fixa suma definitivă ce se va datora statului și suma ce i se va datora lui cu titlu de penalități, prin

dispune „interpretarea prevederilor art. 24 alin. (4) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, în ceea ce privește: termenul în care creditorul poate solicita fixarea sumei definitive care i se va datora de debitor cu titlu de penalități; natura acestui termen și sancțiunea nerespectării lui; perioada care se are în vedere pentru stabilirea acestei sume, atunci când nu este sumă fixă, ci procentuală și pe zi de întârziere; dacă, în cadrul acestei proceduri, instanța poate stabili valoarea obiectului la care se aplică penalitățile de întârziere, în ipoteza în care instanța prevăzută de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 nu a stabilit acest lucru”.

Cu privire la obiectul sesizării ÎCCJ s-a pronunțat prin Decizia nr. 12/22.02.2018¹² și a decis că „în interpretarea prevederilor art. 24 alin. (4) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare: termenul în care creditorul poate solicita fixarea sumei ce i se datorează de către debitor cu titlu de penalități este termenul de prescripție a executării silite, de 3 ani, reglementat de art. 706 din Codul de procedură civilă, termen care curge de la data executării obligației sau, în caz de neexecutare, de la data expirării termenului de trei luni, înăuntrul căruia debitorul avea posibilitatea să execute în natură obligația; penalitățile stabilite în procent pe zi de întârziere se calculează de la momentul indicat în încheierea pronunțată în cadrul procedurii reglementate de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, până la executarea obligației, dar nu mai târziu de momentul expirării termenului de trei luni, înăuntrul căruia debitorul avea posibilitatea să execute în natură obligația, în caz de neexecutare; în cadrul procedurii reglementate de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, cu modificările și completările ulterioare, instanța de judecată poate stabili valoarea obiectului obligației la care se aplică penalitățile de întârziere stabilite în procent pe zi de întârziere, în ipoteza în care instanța prevăzută la art. 24 alin. (3) din aceeași lege nu a stabilit acest lucru.”

Pentru a se pronunța în acest sens ÎCCJ a arătat că solicitarea de interpretare a dispozițiilor art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 comportă trei aspecte distincte.

Sub un prim aspect s-a solicitat Înaltei Curți de Casație și Justiție să precizeze termenul înăuntrul căruia creditorul poate formula cererea de calculare a penalităților în condițiile alineatului menționat.

În primul rând termenul de 3 luni se referă la perioada în care debitorul, sub presiunea sancțiunilor aplicate prin încheierea pronunțată în condițiile art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, ar trebui să execute hotărârea, nu la perioada în care creditorul trebuie să acționeze prin formularea unei cereri în condițiile art. 24 alin. (4) din același act normativ. Termenul de trei luni este, așadar, un termen prohibitiv pentru creditor, nu un termen de decădere.

De altfel, dacă s-ar accepta interpretarea enunțată mai sus, în sensul că termenul de 3 luni este un termen de decădere, ar rezulta că legea nu prevede niciun termen prohibitiv pentru creditor, acesta fiind îndreptățit să solicite stabilirea amenzii definitive și a penalităților imediat după pronunțarea (eventual rămânerea definitivă) a încheierii de aplicare a acestor sancțiuni. Prin aceste consecințe s-ar nega însăși rațiunea reglementării în două etape a procedurii de aplicare a măsurilor coercitive, care este aceea de a pune, într-o primă etapă, presiune pe debitor pentru ca acesta să execute hotărârea judecătorească și doar dacă această presiune se dovedește inefficientă se trece, în a doua etapă, la stabilirea unor sume concrete și a unor despăgubiri pentru neexecutare. Negându-se existența unui termen prohibitiv înăuntrul căruia să se aștepte ca măsurile coercitive să dea rezultate, întreaga procedură devine doar o procedură de stabilire a unor sancțiuni, fără nicio finalitate practică în planul executării silite.

Se constată că nici articolul analizat și nici alte prevederi cuprinse în Legea nr. 554/2004 nu prevăd termenul în care o astfel de solicitare poate fi formulată, termenul de trei luni nereferindu-se, așa cum s-a arătat mai sus, la acest aspect.

Or, dacă legea specială tace, termenul în care poate fi formulată cererea nu poate fi decât termenul general de prescripție, în completarea legii speciale aplicându-se norma generală. Întrucât procedura se situează în faza de executare a unei hotărâri judecătorești, sunt incidente prevederile art. 706 din Codul de procedură civilă referitoare la prescripția dreptului de a cere executarea silită. Potrivit alin. (1) teza I din acest articol, „dreptul de a obține executarea silită se prescrie în termen de 3 ani, dacă legea nu prevede altfel”.

Sub un al doilea aspect, prin sesizare s-a solicitat Înaltei Curți de Casație și Justiție să precizeze perioada pentru care se calculează penalitățile în procedura reglementată de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004.

Cu privire la această întrebare se constată că soluționarea ei presupune stabilirea, pe de o parte, a datei de la care se calculează penalități și, pe de altă parte, a datei până la care curg acestea.

În ceea ce privește data de la care se aplică penalități, hotărârea instanței investite în temeiul art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 are autoritate de lucru judecat, instanța investită cu o cerere a creditorului în temeiul art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 neavând decât competența de a calcula penalitățile, conform criteriilor stabilite prin hotărârea anterioară.

În schimb, în ceea ce privește data până la care se stabilesc penalitățile, art. 906 alin. (3) din Codul de procedură civilă, la care face trimitere art. 24 din Legea nr. 554/2004, prevede că penalitățile se stabilesc „până la executarea obligației prevăzute în titlul executoriu”. Această sintagmă trebuie interpretată în contextul întregului articol 24 din

hotărâre dată cu citarea părților. Totodată, prin aceeași hotărâre, instanța va stabili, în condițiile art. 891 din Codul de procedură civilă, despăgubirile pe care debitorul le datorează creditorului pentru neexecutarea în natură a obligației”.

¹² Publicată în M. Of. nr. 418 din 16 mai 2018.

Legea nr. 554/2004, analiza coroborată conducând la concluzia că aceste penalități nu pot curge după împlinirea termenului de trei luni, în care debitorul ar fi trebuit să își execute obligația, întrucât, după împlinirea acestui termen, nu mai este posibilă o executare în natură a obligației.

În fine, **ultima parte a sesizării** se referă la posibilitatea ca, în cadrul procedurii reglementate de alin. (4) al art. 24 din Legea nr. 554/2004, instanța să stabilească valoarea obiectului la care se aplică penalitățile de întârziere, în ipoteza în care instanța prevăzută de art. 24 alin. (3) din aceeași lege nu a stabilit acest lucru.

Unele instanțe au opinat în sensul că o astfel de posibilitate nu există, întrucât s-ar ajunge ca instanța prevăzută de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 să se substituie în atribuții instanței prevăzute de art. 24 alin. (3) din aceeași lege.

Trebuie făcută o distincție cu privire la acest aspect: există, pe de o parte, situația, cel puțin teoretică, în care instanța prevăzută de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 nu indică nimic cu privire la obiectul la care se aplică penalitățile stabilite în cotă procentuală și, pe de altă parte, situația în care această instanță stabilește că respectivele penalități se aplică la valoarea obiectului litigiului, fără a arăta care este, în concret, această valoare.

În prima situație s-ar putea susține, strict teoretic, că instanța prevăzută de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 nu se poate substitui instanței prevăzute de art. 24 alin. (3) din aceeași lege, ci trebuie să se limiteze a interpreta voința acesteia, iar, în cazul în care această voință nu poate fi identificată, singura soluție ar fi lămurirea dispozitivului. În cazul particular pe care îl analizăm însă, având în vedere prevederea legală cuprinsă în art. 906 alin. (3) din Codul de procedură civilă în care se precizează că penalitățile se calculează ca procentaj din valoarea obiectului obligației, interpretarea voinței instanței care a stabilit penalitățile nu ridică, de principiu, nicio problemă serioasă, fiind de presupus, chiar în lipsa unei precizări explicite, că instanța a avut în vedere valoarea indicată de legiuitor.

În schimb, în ceea ce privește calculul efectiv al valorii obiectului obligației, atunci când instanța investită în temeiul art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 a stabilit că penalitățile se aplică la valoarea obiectului litigiului, fără a arăta care este, în concret, această valoare, nu există niciun motiv pentru care instanța prevăzută de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004 să nu poată efectua ea însăși acest calcul. Actul de decizie este apanajul instanței prevăzute de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004, dar chestiunile de calcul pot fi lăsate în sarcina instanței prevăzute de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004. Trebuie observat faptul că valoarea obiectului obligației este exterioară atât procedurii reglementate de art. 24 alin. (4) din Legea nr. 554/2004, cât și procedurii reglementate de art. 24 alin. (3) din aceeași lege, regăsindu-se în cadrul litigiului de fond care s-a finalizat cu hotărârea supusă executării. Față de această situație nu există niciun argument pertinent pentru care instanța prevăzută de art. 24 alin. (3) din Legea nr. 554/2004 să fie singura în măsură să calculeze această valoare, mai ales în condițiile în care este posibil ca respectiva valoare să fie deja stabilită în cadrul litigiului de fond.

Cum se aplică dispozițiile art. 24 alin. (5) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004

Odată cu intrarea în vigoare la data de 19.10.2014 a Legii nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe, ÎCCJ, Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, a fost chemată să se pronunțe dacă „dispozițiile art. 24 alin. (5) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, introduse prin Legea nr. 138/2014 pentru modificarea și completarea Legii nr. 134/2010 privind Codul de procedură civilă, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative conexe, se aplică și în ipoteza executării obligațiilor stabilite prin hotărâri judecătorești rămase definitive înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 138/2014?”

ÎCCJ a statuat prin Decizia nr. 3/29.02.2016¹³ că: „dispozițiile art. 24 alin. (5) din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, introduse prin Legea nr. 138/2014 se aplică și în ipoteza executării obligațiilor stabilite prin hotărâri judecătorești rămase definitive înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 138/2014”.

Argumentele instanței supreme care au stat la baza pronunțării Deciziei nr. 3/29.02.2016 au fost acelea că pentru identificarea sferei hotărârilor judecătorești supuse procedurii reglementate de art. 24 alin. (5) din Legea nr. 554/2004, se impune stabilirea legii după care se efectuează executarea silită. S-a constatat, în acest sens, că în lipsa unor dispoziții exprese în Legea nr. 554/2004 și a unor norme tranzitorii în Legea nr. 138/2014, care a introdus în corpul legii organice a contenciosului administrativ prevederea legală analizată, devin incidente dispozițiile art. 28 din Legea nr. 554/2004 care trimit la prevederile Codului de procedură civilă „în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de putere dintre autoritățile publice, pe de o parte, și persoanele vătămate în drepturile sau interesele lor legitime, pe de altă parte”.

Or, din cuprinsul art. 24 și art. 25 alin. (1) C. pr. civ., rezultă cu claritate că executarea silită este guvernată de legea în vigoare la momentul declanșării acestei etape a procesului civil. Ca urmare, indiferent de momentul rămânerii definitive a hotărârii instanței de contencios administrativ, care constituie titlul executoriu, dacă executarea silită a debutat după data intrării în vigoare a dispozițiilor art. 24 alin. (5) din Legea nr. 554/2004, această prevedere legală este aplicabilă.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 243 din 1 aprilie 2016.

REFLECȚII CU PRIVIRE LA DREPTUL DE PROPRIETATE PUBLICĂ AL UNIUNII EUROPENE

Reflections on The Public Property Law of the European Union

Dr. Valentin-Stelian BĂDESCU*

Rezumat: *Instituție tradițională în dreptul administrativ, cu semnificație constituțională, proprietatea publică aparține exclusiv statului sau unităților administrativ teritoriale, sfera bunurilor fiind determinată pe baza criteriilor de domoanialitate publică. Exercițarea proprietății publice se realizează prin constituirea unor drepturi reale specifice, enumerate de Codul civil. Modul în care se constituie, se exercită, se sting ori se apără în justiție aceste drepturi reale sunt rațiuni pentru care bunurile proprietate publică „trebuie păstrate și transmise generațiilor viitoare”, în vederea dezvoltării echilibrate a societății în ansamblu. În ceea ce privește dreptul de proprietate publică al Uniunii Europene, pentru legiuitor este ușor să inventeze, cu bune intenții chiar, drepturi în favoarea diferitelor categorii sociale, numai că organizarea executării legilor care le stabilesc conținutul și executarea în concret a acestora presupune de multe ori consumul unor fonduri publice importante, mai reduse decât beneficiile aduse de îmbunătățirea situației de fapt a celor vizați prin acordarea acelor drepturi.*

Cuvinte-cheie: *România, Uniunea Europeană, dreptul de proprietate publică, dreptul național, dreptul unional.*

Abstract: *Traditional institution in administrative law, with constitutional significance, public property belongs exclusively to the state or territorial administrative units, the sphere of goods being determined on the basis of the criteria of public tyranny. The exercise of public property is achieved through the creation of specific real rights, listed by the Civil Code. The way in which these real rights are constituted, exerted, defended or defended are reasons why public property „must be preserved and passed on to future generations”, with a view to the balanced development of society as a whole. As far as the European Union right of public ownership is concerned, it is easy for the legislator to invent, with good intentions, rights in favor of different social categories, only that the organization of the implementation of the laws that define their content and their concrete execution often the consumption of important public funds, lower than the benefits of improving the situation of those targeted by granting those rights.*

Keywords: *Romania, European Union, public property rights, national law, Union law.*

1. Cuvânt înepător

Dreptul de proprietate publică are o deosebită importanță în dezvoltarea economică și socială a oricărei țări întrucât, pe de o parte, acest drept aparține unor subiecte de drept care organizează însăși viața socială dintr-un stat, iar pe de altă parte, poartă asupra unor bunuri care interesează întreaga societate¹. Pentru România, Codul civil, în art. 858, definește proprietatea publică ca fiind „dreptul de proprietate ce aparține statului sau unei unități administrativ-teritoriale asupra bunurilor care, prin natura lor sau prin declarația legii sunt de uz ori de interes public, cu condiția să fie dobândite prin unul din modurile prevăzute de lege”. Dincolo de disputele teoretice legate de includerea în Codul civil a prevederilor referitoare la proprietatea publică², în doctrina administrativă actuală se subliniază că „o antinomie între drept real principal asupra domeniului public și dezmembrământ al proprietății publice este o eroare”³. Fără o intra în detaliile acestei polemici, semnalăm doar faptul că, foarte recent, Curtea Constituțională a României, prin Decizia nr. 681/2018⁴, a constatat că Legea privind Codul administrativ al României este neconstituțională, în ansamblul său, fiind contrară prevederilor art. 141 raportat la art. 1 alin. (5), precum și celor ale art. 61 alin. (2) și ale art. 75 alin. (4) din Constituție. Atât mai precizăm faptul că Legea privind Codul administrativ al României este structurată în 10 părți care acoperă în partea a V-a „Exercițarea dreptului de proprietate publică și privată a statului sau a unităților administrativ-teritoriale”, instituții le juridice care fac obiectul demersului nostru de cercetare științifică. Prin urmare, fie se admite că nu se pot constitui drepturi reale pe domeniul public, fie se admite ideea contrară, acceptând anumite dezmembrăminte ale proprietății publice.⁵ În literatura de specialitate⁶ se fac

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române; e-mail: valentinbadescu@yahoo.com.

¹ Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Drepturile reale în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 180.

² Pentru detalii a se vedea: Dana Apostol Tofan, *Drept administrativ*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 235.

³ Ovidiu Podaru, *Drept administrativ, vol. II, Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Hamangiu, 2011, p. 49.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 190/11.03.2019.

⁵ A se vedea, pentru detalii, Vasilica Negruț, *Considerații generale privind drepturile reale ale proprietății publice*, material publicat în cadrul Sesiunii anuale de comunicări științifice cu tema *Intrarea în vigoare a noilor coduri. O primă evaluare* organizată de Institutul de Cercetări Juridice al Academiei Române, București, 15 aprilie 2016, pp. 331-336.

⁶ O. Podaru, *op. cit.*, p. 48-60.

și alte precizări legate de posibilitatea constituirii drepturilor reale pe domeniul public, precizări ce privesc, printre altele, revocabilitatea drepturilor reale administrative, considerându-se că revocarea acestor drepturi nu este și nu poate fi discreționară, neputându-se exercita decât la schimbările de afectățune.

În dreptul public francez, domeniul desemnează ansamblul bunurilor colectivităților publice, dominat de principiul inalienabilității, supus unei protecții speciale⁷. Codul general al proprietății persoanelor publice, intrat în vigoare la 1 iulie 2006, stabilește și excepții de la acest principiu. Una dintre sursele relativității principiului inalienabilității ține de legătura dintre noțiunile de inalienabilitate și afectățune (pentru uz public sau pentru un serviciu public), în sensul că inalienabilitatea dispare când încetează afectățunea⁸. Potrivit art. L. 2111-1 din Codul general al proprietății persoanelor publice, „fac parte din domeniul public bunurile care sunt afectate uzului direct al publicului sau unui serviciu public, sub condiția, în acest ultim caz, ca ele să facă obiectul unui amenajament special”⁹. În doctrina juridică franceză se susține că proprietatea publică nu poate fi dezmembrată în favoarea altor subiecți de drept, aceasta fiind cu adevărat garantată dacă rămâne în deplina proprietate a colectivităților locale¹⁰. În această privință, jurisprudența franceză este fermă, în sensul că nu se pot constitui drepturi reale asupra domeniului public, întrucât s-ar încălca principiul inalienabilității. Ca efect indirect al inalienabilității, în doctrina franceză se menționează imprescriptibilitatea, interzicerea exproprierii domeniului public, precum și interzicerea dezmembrării proprietății publice¹¹.

Am făcut acest scurt excurs teoretic cu privire la doctrina română și franceză, asemănătoare întrucâtva, cu referire la dreptul de proprietate publică, deoarece despre aceeași instituție juridică din dreptul Uniunii Europene, material și procedural, nu am găsit reglementări specifice. La fel stau lucrurile și în doctrina dreptului unional, unde studii de referință lipsesc aproape cu desăvârșire. Este normal, nu poți face comentarii ori interpretarea normei juridice asupra uneia inexistente! Și totuși, încercăm, cu ajutorul unei lucrări destul de recente, aparținând unui administrativist român să deslușim tainele nepătrunse ale domeniului public a Uniunii Europene¹², unde, situația după referendumul de ieșire al Marii Britanii (Brexit) a devenit una foarte complicată, deoarece nimeni nu își imaginase până de curând că ar putea exista un stat capabil să dorească părăsirea acestei construcții politice. Se considera că această entitate este vârful maxim posibil de atins al umanității, după cum o exprimau indirect dispozițiile alin. 2 al Preambulului Tratatului de la Lisabona de modificare a Tratatului privind Uniunea Europeană și a Tratatului de instituire a Comunității Europene (în continuare Tratatul de la Lisabona): „Inspirându-se din moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei, *din care s-au dezvoltat valorile universale care constituie drepturile inviolabile și inalienabile ale persoanei, precum și libertatea, democrația, egalitatea și statul de drept*”. De aceea, astăzi se caută răspunsuri pentru viitorul UE, astfel încât să se păstreze cât mai multe din lucrurile bune aduse de aceasta, iar pierderile să fie cât mai reduse.

Răspunsul privind viitorul Uniunii Europene este unul politic, iar acest aspect nu poate fi contestat. Cu toate acestea, măsurile care vor fi adoptate fac parte din sfera dreptului, deoarece forța lor nu va fi garantată decât prin forța acestei nobile științe. Indiferent cât de mult s-ar dori adoptarea de măsuri de natură politică, ne-transpunerea acestora în forme juridice lipsește de eficacitate; în realitate dreptul opunându-se politicului, este necesar ca cele două dimensiuni să fie în armonie, pentru a nu se dezechilibra societatea până la niveluri care ar fi imposibil de redus. Deși oamenii au interese de orice natură, inclusiv politice, nerecunoașterea acestora de către legiuitor le face să își piardă din forța de mobilizare socială. Recunoașterea se face prin adoptarea de acte normative care să le fixeze cadrul general de aplicare, urmând ca în final justiția să asigure protecția drepturilor și intereselor legitime.

Indiferent de răspunsul complet la cele două întrebări, trebuie să ne amintim că orice persoană fizică sau juridică are întotdeauna și un patrimoniu. În funcție de dimensiunile și atitudinea față de acesta, putem obține clasificări de natură economică, dar această asumare patrimonială nu poate fi separată de existența unei persoane. Ne rămâne astfel obligația de a căuta răspunsul la întrebarea: există proprietate europeană? Uniunea Europeană are un drept de proprietate al ei? Cum putem să îl identificăm, care îi sunt caracteristicile și cum se manifestă? Răspunsul încercăm să-l oferim mai departe.

2. Există dreptul de proprietate europeană?!

Am inserat în întrebarea de mai sus atât mirarea, cât și incertitudinea întrucât din perspectiva dreptului de proprietate și a relației pe care acesta îl are cu administrația publică, trebuie făcut recurs la dispozițiile tratatului de la Lisabona – Constituția Uniunii Europene – mai precis, la art. 1 din textul invocat mai sus. Aceste dispoziții demonstrează (deoarece preambulul nu poate fi în contradicție cu normele din cuprinsul actului normativ în speță,

⁷ V. Negruț, *op. cit.*, p. 332.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A se vedea, Alexandru-Sorin Ciobanu, *Drept administrativ. Domeniul public*, Ed. Universul Juridic, București, 2015.

¹⁰ A. de Laubadère, Y Gaudemet, *Traité de droit administratif*, t. 2, 11 éd., LGDJ, Paris, 1998, p. 126.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Avem în vedere, Marius Văcărelu, *Unele discuții privind existența dreptului de proprietate al Uniunii Europene*, în Emil Bălan, Cristi Ifte, Marius Văcărelu, *Proprietate și domeniul public: perspective și evoluții în spațiul administrativ*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2016, pp. 100-119.

știința elaborării acestor tipuri de acte interzicând aceasta¹³) de fapt intenția de a crea un singur stat unic, la nivel european, și care se dorește a fi din punct de vedere al teoriei dreptului constituțional, un stat confederativ, mai întâi, și apoi, un stat federal.

Oricare ar fi discuțiile, este evidentă existența personalității juridice a Uniunii Europene, iar orice persoană juridică are nevoie pentru a se înființa, conform regulilor generale, de un scop, de organe de conducere, dar și de un patrimoniu. În acest moment apare o întrebare: care sunt bunurile care constituie patrimoniul acestei noi entități: atât sub forma proprietății private, cât, mai ales, sub forma proprietății publice. Paul Negulescu relevă faptul că statul a fost încă de la constituire subiect de drepturi și, prin urmare, a avut personalitate, adică capacitatea de a avea și exercitare drepturi și obligații, iar dreptul de proprietate este unul dintre cele mai importante. Dispozițiile tratatelor europene (nu doar cel de la Lisabona) nu au precizări importante în această materie, dar acest fapt nu înseamnă că problema nu există, și că trebuie să i se găsească o rezolvare. În acest context, vor trebui identificate câteva aspect, cum ar fi: Care este întinderea proprietății Uniunii Europene? Mai concret, până unde se poate întinde sfera de cuprindere a proprietății Uniunii Europene, și până unde aceea a statelor naționale; Care este criteriul pentru care vom considera că anumite bunuri trebuie incluse în această categorie, a bunurilor aparținând proprietății Uniunii Europene (criteriul domeniialității)? Cine va administra această proprietate?

La aceste întrebări, răspunsul va fi diferit, iar în realitatea următorilor ani credem că va demonstra care este întinderea proprietății Uniunii Europene, până acum, ea fiind redusă și limitată la imobilele unde își desfășoară activitatea instituțiile sale. Cu toate acestea, pentru a fi o entitate funcțională, ea nu se poate limita doar la această dimensiune redusă, pentru că o instituție de drept public – în speță, statul, (prin monedă unică, ministere, cadru instituțional unic politică externă și de apărare) nu poate exista fără o proprietate a sa. Practic, inexistența acestei proprietăți (și reducerea ei doar la mijloace financiare, din bugetele statelor membre) nu înseamnă decât lipsa reală de forță în fața statelor naționale, pentru că doar acestea îi pot ceda din patrimoniul lor public bunuri. Mai trebuie menționat și faptul că pentru a putea exista, statele membre trebuie să își modifice dispozițiile propriilor legi fundamentale atât în sensul recunoașterii existenței proprietății europene, cât și faptului că în anumite condiții și prin anumite acte juridice proprietatea națională se poate diminua în favoarea celei europene. Astfel, vor trebui formulate criterii precise prin care să determinăm interesul public european și uzul public european, ceea ce este foarte dificil de definit. Este de subliniat, din perspectiva teoriei comunicării, un aspect legat de poziționarea instituțiilor Uniunii Europene în țara vest-europeană cu cele mai mari probleme identitare, amenințată din ce în ce mai mult de dispariție (prin împărțire spre alte două state, valon și flamand) – Belgia. De aceea, pentru a ne afla în fața unei adevărate și complete proprietăți europene, vor trebui îndeplinite două condiții: existența mai mult mai multor organe administrative ale UE în teritoriu, ele urmând să înlocuiască în mod practic atribuțiile organelor de stat ale administrațiilor naționale și desființarea totală a suveranității și independenței statelor membre ale UE, deoarece în situația existenței acestora (atributele de suveranitate și independență), va fi destul de dificil de împărțit domeniul public în patru categorii: european¹⁴, național; regional/departamental și municipal ori comunal. Această împărțire, în teorie posibilă, este însă dificil de realizat¹⁵, datorită, în principal, diferențelor de interese.

În ceea ce privește întrebarea care are ca obiect întinderea proprietății acestei entități politice – până unde se poate întinde sfera de cuprindere a proprietății Uniunii Europene, și până unde aceea a statelor naționale – răspunsul nu poate fi dat decât prin soluționarea următoarei probleme: va rămâne UE izolată doar la câteva instituții centrale, sau se va extinde și în teritoriul statelor membre? Întrebarea este importantă, deoarece principala legătură dintre proprietatea publică și cetățenii unui stat este de natură psihologică, pentru aceștia din urmă ea reprezentând un liant între cosângeni (a se vedea mai ales la popoarele slave, precum și la cele migratoare, unde proprietatea individuală a apărut mai târziu, fundamentală fiind aceea a obștii, sau a tribului), dar și un bun suprem, în fața căruia se raportează întreaga națiune, pierderea acestuia fiind resimțită foarte puternic la nivelul psihologiei colective. Astfel, este posibil să citim în cântecele popoarelor migratoare despre stepele nemărginite ori despre râurile în jurul căruia se așază căruțele, (sentimentul este identic la slavi, în special la cazaci), or despre munții care sunt un reazem pentru mai multe națiuni (Elveția, Muntenegru, popoarele Caucazului)¹⁶.

Tocmai acest aspect psihologic se subliniază în definițiile pe care dreptul constituțional le oferă noțiunii de cetățenie, ea fiind cea legătură politico-juridică dintre stat și persoană. Este o definiție care admite prin ea însăși flexibilitatea mentală conștientă, datorată intereselor diferite pe care le poate avea o persoană pe parcursul vieții sale, din motive diferite (politice, economice etc.). De aici, nu doar schimbarea de loialitate prin actul cetățeniei, ci și prin raportarea la bunurile aflate în proprietatea publică a unui stat, interesul public al celui nou stat devenind interes public legitim pentru noul cetățean. Întinderea acestui drept va depinde la nivel psihologic de raportarea cetățenilor unui stat la bunurile de interes public, general. Această raportare devine dificilă pentru construcția supra-statală a UE, pentru că

¹³ Vezi pe larg: I. Vida: *Legistica formală: introducere în tehnica și procedura administrativă*: curs universitar, Ed. Lumina Lex, București, 2006.

¹⁴ Importanța cea mai mare.

¹⁵ Pentru că nu poate fi definit un cuvânt: european, în relația cu celălalt cuvânt de importanță majoră: național.

¹⁶ M. Văcărelu, *op. cit.*, p. 103.

nu există o națiune europeană, care să aibă o singură limbă și o singură civilizație, capabile de a fonda un stat. Chiar dacă antropologic rasa albă caucasiană domină continentul, o altă caracteristică principală nu poate fi identificată (spre exemplu, limbile vorbite în acest spațiu nu sunt doar dintr-o singură familie, indo-europeană, câteva popoare vorbind o limbă uralo-altaică, iar un altul¹⁷ o limbă care nu are corespondență cu nici o alta de pe glob). Migrația musulmană din ultimii doi ani a subliniat încă o dată diferențele dintre statele componente ale Uniunii Europene. De aceea, marele număr de acte normative care provin de la Bruxelles nu poate suplini lipsa elementelor fundamentale, de natură psihologică, ale construcției unui stat – aspect sesizat și de creatorul acesteia în finalul vieții¹⁸.

Acest lucru mai pune în discuție și chestiunile legate de loialitate a cetățenilor față de bunurile aparținând statului lor de origine în relație cu unicul stat european. În acest sens, rămâne o întrebare deschisă situația în care un bun aparținând domeniului public european ar fi supus acțiunii ilegale a unei persoane: unde se poate introduce acțiunea în instanță pentru pedepsirea acestuia¹⁹; cine are competența de judecată (atât în primă instanță, cât și în căile de atac); după ce norme procedurale se va desfășura judecata; după ce norme de drept material se va aplica pedeapsa; unde se va executa pedeapsa (deoarece unele acțiuni pot fi de pericol social sporit, justificând încadrarea lor juridică în categoria infracțiunilor). Aceste întrebări apar datorită suprafeței întinse a statului european (așa cum este azi, sub forma UE) și fărmicării politice, care va duce la existența a mai multe niveluri de domeniu public: categoria din vârf fiind cea a domeniului public european, va fi dificil de marcat și adus la cunoștința publicului ce categorii de bunuri sunt din domeniul public național²⁰ și ce bunuri fac parte din domeniul public european.

A doua întrebare la care trebuie oferit un răspuns este aceea al criteriului domeniialității în ceea ce privește bunurile ce vor constitui domeniul public european. În această ipoteză, nu va fi ușor de identificat categoria în sine a proprietății europene, pentru că – pe lângă neajunsurile prezentate anterior – nu va fi ușor de imaginat acel criteriu care să se dovedească optim în realizarea separației dintre proprietatea națiunilor și proprietatea europeană. Din nou, legistica formală ne creează probleme în materie: ea ne impune să definim simplu, clar și cât mai concis posibil orice instituție a dreptului. În cadrul acesteia, delimitările de alte instituții sunt de importanță excepțională²¹; iar aici această operațiune obligă la poziționarea bunurilor în cinci trepte de importanță: universal – a se vedea acțiunea ONU și UNESCO; european – nu continental, ci în acord cu întinderea variabilă a Uniunii Europene; național; regional și local. Numai că această clasificare trebuie făcută nu doar de organele centrale ale U.E., care pot preciza din splendida izolare față de realitate în care se află că anumite bunuri aparțin domeniului public european, ci și de către statele membre, în acord cu Bruxelles-ul, iar acestea pot să fie de acord, sau nu. Un exemplu este oferit de raporturile juridice privind marele fluviu care împarte continentul în nord și sud, Dunărea. El este important pentru fiecare stat în parte, dar poate fi considerat în contextul actual de importanță europeană. Cu toate acestea, anumite decizii politice (de a folosi apa fluviului pentru irigații într-un stat, afectând debitul pentru navigație al statelor din aval, or de a realiza un baraj pentru a dobândi energie electrică etc.) se adoptă la nivelul statelor componente (a se vedea și dialogul dur dintre Slovacia și Ungaria pentru un baraj pe Dunăre, în care construcția unei centrale hidroelectrice de către slovaci a fost soluționată prin respectarea integrală a interesului național, protestele ungare neavând valoare în fața administrației din Bratislava). Oricât ar dori instituțiile UE să decidă ceva într-o materie anume, dacă interesul statului este vital (iar apa face parte mereu dintre interesele vitale), atunci imposibilitatea organizației supranaționale de a impune aplicarea unor decizii devine evidentă, deoarece nu există o poliție și o jandarmerie europeană, și cu atât mai puțin o armată europeană.

Interesul public, criteriul fundamental care justifică acțiunea administrativă în orice domeniu al sferei sociale, poate fi definit prin cuvinte care se pot acorda normal cu sintagma „național”, dar este greu de inventat ceva superior statului în domeniul interesului, și care să se rezume a fi doar (parțial) continental, iar nu mondial. De asemenea, trebuie identificat, în situația în care va fi definit acest criteriu – iar în baza acestuia într-un stat se stabilesc bunuri proprietate publică europeană – ce s-ar întâmpla în situația în care acel stat ar părăsi U.E. după precizarea bunurilor care fac parte din domeniul public european. Proprietatea europeană, apărută în temeiul apartenenței unui stat la U.E., ar trebui să dispară în situația în care statul membru părăsește Uniunea, sau interesul public care a justificat includerea sa în domeniul public european subzistă acestei decizii politice (de părăsire)?

În plus, contribuția unui stat poate fi importantă în momentul definirii unor concepte, cum ar fi acela al interesului public european. Ce se va întâmpla în situația în care acel stat va părăsi ulterior Uniunea Europeană, dacă anumite

¹⁷ Poporul basc, vorbind limba euskara, una dintre cele mai dificile sub raport lingvistic.

¹⁸ În memoriile sale, Jean Monet scrie că de ar putea să reînceapă construcția europeană, ar debuta cu transformarea educației.

¹⁹ Sancțiunile îndreptate împotriva persoanelor care realizează acțiuni neconforme legii se constituie într-un principiu fundamental al dreptului, cu toată procedura presupusă de aplicarea lor (constatare, urmările în instanță, condamnare, executare a acestora), el putând fi înlocuit de forme alternative de tratament (prin definiție, nesancționatoare).

²⁰ Din motive de ordin lingvistic și istoric construcția europeană nu poate renunța la state, ca entități componente. Practic, realitatea din teren nu va permite niciodată existența unui singur stat, nitar, la acest nivel. Supremăția economică a diferite state asupra lumii, perfect posibilă, nu este însă însoțită de existența unei singure limbi și a unei singure istorii (inclusiv mod de interpretare a acesteia din urmă).

²¹ De fapt, științele juridice nu sunt doar științe ale organizării sociale și ale dreptății, dar și științe ale cuvântului, dialogul judiciar fiind nu doar al actelor juridice care sprijină poziția părților, ci și al creării de vulnerabilități prin specularea fiecărei folosiri eronate a sintagmelor și cuvintelor.

teze ale definiției au fost formulate în satisfacerea interesului național, particular (și puternic din punct de vedere economic și politic) al aceluși stat? Se va modifica definiția, sau va rămâne aceeași, anterioară părăsirii UE de către statul în cauză? În același timp, câtă vreme un drept de proprietate european ar exista doar în raport de apartenența la Uniunea Europeană, apare întrebarea logică: de ce să nu existe și proprietate continentală, în raport de proprietatea universală și aceea națională? Trebuie sesizat pericolul acestor ierarhizări: universal – continental – european – național etc. Deși ar putea părea utilă o astfel de clasificare, definirea criteriilor care să realizeze separația între aceste niveluri ar fi complicată și cu siguranță nemulțumitoare.

3. Posibile modalități de realizare a domeniialității publice a Uniunii Europene

Cu referire, drepturile reale corespunzătoare proprietății publice din România, chiar în condițiile inerentelor dispute dintre civilști și administrativiști, în doctrina noastră de specialitate²² se menționează faptul că atributele dreptului de proprietate publică sunt exercitate în mod indirect, atât de către stat, cât și de către unitățile administrativ-teritoriale, prin constituirea unor drepturi reale specific dreptului de proprietate publică sau prin închiriere²³. Codul civil stipulează în art. 866 că „drepturile reale corespunzătoare proprietății publice sunt dreptul de administrare, dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit”. Dreptul de administrare este definit ca fiind „acel drept real principal derivat, constituit printr-un act administrativ de autoritate, asupra unor bunuri care aparțin statului sau unităților sale administrativ-teritoriale, având ca titulari regiile autonome, prefecturile, autoritățile publice și instituțiile publice, în virtutea căruia titularul dreptului de administrare poate exercita atributele posesiei, folosinței și, în anumite limite, atributul dispoziției, cu respectarea dreptului de proprietate al titularului acestui drept”²⁴. Dreptul de administrare a bunurilor domeniului public aparține, în conformitate cu art. 868 C. civ., regiilor autonome sau, după caz, autorităților administrației publice centrale sau locale și altor instituții publice de interes național, județean ori local. Potrivit legii, regiile autonome se află în subordinea unui minister de resort sau a unei autorități publice locale, prin actul căreia a fost înființată și sub controlul căreia funcționează.

Este adevărat că există instrumente în domeniul drepturilor omului la nivel regional (european) și universal, dar în materia instrumentelor necesare îndeplinirii sarcinilor fundamentale ale administrației (a îndeplini orice acțiune necesară pentru crearea și dezvoltarea potențialului țării și a asigura securitatea propriilor cetățeni²⁵) este mult mai dificil să identificăm interesului superior statului, deoarece instrumentele nu sunt valori perene, ci, prin definiție, doar bunuri cu o existență limitată în timp²⁶. Mai mult, în lipsa unei creșteri a numărului de instituții europene (ca distribuție teritorială), vor trebui operate aceste bunuri de către instituții aparținând statelor naționale, iar aici apare discuția dacă au ele interes pentru a realiza această operațiune, pentru că nu pot înțelege întotdeauna beneficiul unui astfel de comportament (spre exemplu, un monument în cinstea unui politician al unui imperiu cu merite în edificarea unui curent european în timpul său ar putea fi detestat de statele succesoare componente ale aceluși imperiu și care au fost afectate în dorințele lor naționale de acel politician, prin represii, înăbușiri în sânge ale unor mișcări revoluționare etc.). S-ar putea preciza că în această sferă a bunurilor europene să fie numai bunurile de importanță culturală, dar această formă de proprietate ar fi numai un palier intermediar dintre patrimoniile culturale naționale și patrimoniul cultural universal, ceea ce nu este nici corect față de cele două sfere (național/universal), și nici față de cei care sunt chemați să le apere și să pună în valoare. Discuția legată de interesul pe care o persoană fizică sau juridică îl manifestă într-o direcție sau alta este de obicei ipocrită, deoarece nimeni nu vrea să îl recunoască, deși, de cele mai multe ori, el este transparent. În acest sens este formulată teoria lui Maslow, și care are meritul de a nu eluda realitatea din stabilirea motivelor acțiunii unei persoane. Problema apare sub două aspecte. Mai întâi, referitor la bunurile aflate în domeniul public național, ne regăsim în fața unui interes bazat pe comunitatea istorică, de limbă, de tradiții, politică, economică etc. între persoane, iar acesta²⁷ este însoțit de existența unor simboluri care se constituie în manifestări ale identității dintre cei care aparțin aceluiași grup etnic.

În cea de-a doua situație, ne aflăm în fața unui interes al aceluiași popor în raport cu toate celelalte din lume. Concret, includerea anumitor bunuri (culturale și ale naturii) pe lista patrimoniului universal este forma cea mai înaltă a mândriei naționale, pentru că această operațiune juridică (clasarea bunurilor în această categorie) demonstrează calitatea bunului analizat, fiind inclus în ceea ce numește imaginea poporului respectiv în lume. Realizarea acestui domeniu public european ar însemna recunoașterea unei forme superioare de proprietate celei naționale, dar, în același timp, inferioare celei universale. Discuția ar fi legată și de administrarea aceluși bun; în ce condiții acest bun ar fi clasat, după un număr de ani, într-o categorie inferioară (națională sau locală), cine ar stabili aceasta etc. Este la fel de adevărat și că extrema politică inversă – statele nu au prieteni, ci numai interese, ar duce la o competiție acerbă în

²² V. Negruț, *op. cit.*, p. 333.

²³ Emanuel Albu, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. Fundației România de Măine, București, 2008, p. 138.

²⁴ Gheorghe Merlă, *Regimul juridic al proprietății publice*, Ed. Universitară Danubius, Galați, 2010, p. 190.

²⁵ Această definire „cu două capete de cerere” a rolului statului și administrației sale mi se pare cea mai corectă.

²⁶ Caracterul perpetuu al dreptului de proprietate se explică și prin faptul că acesta există atâta timp cât există și bunul, chiar dacă proprietarii sunt diferiți, pe parcursul „vieții” bunului.

²⁷ M. Văcărelu, *op. cit.*, p. 104.

inclusiunea fiecărui bun într-o categorie juridică superioară, dar apare o altă întrebare: cine va aloca fonduri pentru ca aceste bunuri să fie protejate și puse în valoare mai bine. Interesul este totuși criteriul fundamental al deosebirii acțiunilor omenești, iar altruismul, deși apreciat și dorit, nu poate fi calificat decât ca o excepție de la această regulă. De aceea, vom aprecia înțelepciunea celor care au considerat că încălcarea unor norme de interes public se sancționează cu pedepse mai mari decât cele privind încălcarea unor norme de interes privat. Autorul consideră că protecția proprietății publice trebuie realizată prin pedepse mai mari decât cele ale proprietății private, deoarece titularul dreptului de proprietate este unul care nu are doar personalitate juridică de drept privat, ci mai ales personalitate juridică de drept public, care i-a fost atribuită cu un scop general, social. De fapt, se impune extinderea acestei aplicări diferențiate la toate bunurile aflate în proprietatea fiecărui titular al puterii de a administra, indiferent de forma acesteia (publică și respectiv, privată).

Ultima întrebare pe care o propunem în legătură cu o astfel de formă de proprietate este legată de administrarea ei efectivă. În ceea ce privește România, discuțiile legate de natura juridică a dreptului de administrare sunt numeroase. Dacă anterior intrării în vigoare a Codului civil în doctrină se aprecia că dreptul de administrare are aceleași caractere juridice ca și dreptul de proprietate publică, respectiv este inalienabil, insesizabil și imprescriptibil²⁸, ulterior intrării în vigoare a Codului civil, unii autori au subliniat că „dreptul de administrare nu este-sau, cel puțin, nu ar trebui să fie-un drept real, chiar de natură administrativă, ci mai degrabă un mandat de drept public, administratorul exercitând, în numele și pentru titularul dreptului de proprietate publică prerogativele acesteia”²⁹. În susținerea acestei teorii, autorul are în vedere prevederile art. 868 alin. (2) C. civ., respectiv „Titularul dreptului de administrare poate folosi bunul și dispune de bunul dat în administrare în condițiile stabilite de lege și, dacă este cazul, de actul de constituire”. De asemenea, s-a susținut că dreptul de administrare este un drept real de natură administrativă, care nu dezmembrează dreptul de proprietate publică, deși este derivat din acesta. Prin urmare, dreptul de administrare nu este opozabil proprietarului, care-l poate revoca ori de câte ori interesul public o cere³⁰. Constituirea unor drepturi reale întemeiate pe dreptul de proprietate publică nu presupune o încălcare a principiului inalienabilității, întrucât nu suntem în fața unor acte de înstrăinare, ci a unor „modalități speciale de punere în valoare și de exploatare a bunurilor domeniului public”. Considerăm că dreptul de administrare este un drept real, căruia i se aplică regimul juridic al dreptului de proprietate publică, fiind un drept inalienabil, imprescriptibil și insesizabil. Trebuie precizat faptul că „apărarea în justiție a dreptului de administrare revine titularului dreptului (art. 870 C. civ.). Totodată, menționăm că „dreptul de administrare încetează odată cu încetarea dreptului de proprietate publică sau prin actul de revocare emis, în condițiile legii, dacă interesul public o impune, de organul care l-a constituit” (art. 869 C. civ.). În ceea ce privește instituțiile publice, acestea sunt structuri organizatorice prin care se prestează servicii publice pentru stat sau pentru societate³¹. Instituțiile publice sunt în subordinea autorităților publice care le-au înființat și care *le-au dat în administrare sau în folosință bunurile necesare desfășurării activității lor*.

Punctele de vedere exprimate în literatura de specialitate în privința celorlalte drepturi reale constituite asupra proprietății publice, respectiv dreptul de concesiune și dreptul de folosință cu titlu gratuit, sunt unitare³², însă limitarea tehnoredacțională impusă de organizatori ne obligă să ne oprim aici cu aceste aserțiuni doctrinare și să revenim la domeniul Uniunii Europene unde, este adevărat că această operațiune juridică poate fi delegată către statele naționale, dar este necesară o identitate clară a acestor bunuri administrate de instituțiile europene. Repetăm, nu despre clădirile unde reprezentanțele UE se găsesc, ci acele bunuri care constituie de fapt esența unei adevărate proprietăți publice. Tocmai de aceea într-o lucrare apărută în anul 2011, numită *European poverty. Rights and wrongs*³³, cele două părți se numesc „European Poverty Wrongs – what can the EU do?” și „A European Land Law? and the Right to Poverty”, iar ambele au semnul întrebării în titlul lor. Corelativ acesteia este o altă întrebare: cine va reprezenta în instanță Uniunea în situația unui litigiu având ca obiect un bun al acesteia? Să preluăm reglementarea națională care precizează că în litigiile în care este parte, statul este reprezentat de Ministerul Finanțelor Publice, iar acestuia corespondent i-ar fi comisarul pentru finanțele Uniunii? Mai mult, tot dezvoltată din această preocupare a identificării entității administrative europene care are competența administrării generale a posibil existentului domeniu public european, apare întrebarea referitoare la cine ar avea competența de a accepta o donație făcută unei instituții a UE, alta decât aceea care are competența de administrare generală a acestei proprietăți. Teoria spune ca actele juridice să fie încheiate în numele unei instituții de conducătorul acesteia, dar este greu de imaginat în situația complexității administrative a UE, comisarul general sau întreaga Comisie pronunțându-se asupra unei donații.

²⁸ Valeriu Stoica, *Drept civil. Drepturile reale și principale*, Ed. Humanitas, București, 2004, p. 435.

²⁹ O. Podaru, *op. cit.*, p. 50 și urm.

³⁰ Emil Bălan, *Dreptul administrativ al bunurilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 93; Emanuel Albu, *op. cit.*, p. 141.

³¹ Benonica Vasilescu, *Drept administrativ*, Curs universitar, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 211.

³² V. Negrut, *op. cit.*, p. 333.

³³ Diana Wallis, Sara Allanson, *European poverty. Rights and wrongs*, Conexio Public Relations, Lahti, 2011, <http://www.elra.eu/wp-content/uploads/2014/01/EUROPEAN-POVERTY-RIGHTS-2.pdf>.

4. Concluzii

Instituție tradițională în dreptul administrativ, cu semnificație constituțională, proprietatea publică aparține exclusiv statului sau unităților administrativ teritoriale, sfera bunurilor fiind determinată pe baza criteriilor de domenialitate publică. Exercițarea proprietății publice se realizează prin constituirea unor drepturi reale specifice, enumerate de Codul civil în art. 866: dreptul de administrare; dreptul de concesiune; dreptul de folosință cu titlu gratuit. Modul în care se constituie, se exercită, se sting ori se apără în justiție aceste drepturi reale sunt rațiuni pentru care bunurile proprietate publică „trebuie păstrate și transmise generațiilor viitoare”, în vederea dezvoltării echilibrate a societății în ansamblu³⁴.

În ceea ce privește dreptul de proprietate publică al UE, pentru legiuitor este ușor să inventeze, cu bune intenții chiar, drepturi în favoarea diferitelor categorii sociale, numai că organizarea executării legilor care le stabilesc conținutul și executarea în concret a acestora presupune de multe ori consumul unor fonduri publice importante, mai reduse decât beneficiile aduse de îmbunătățirea situației de fapt a celor vizați prin acordarea acelor drepturi. Într-adevăr, administrația publică trebuie să sprijine dezvoltarea potențialului tuturor persoanelor și să le creeze acestora minime condiții de dezvoltare a aptitudinilor lor, dar pentru aceasta trebuie să țină cont de anumiți factori de dezvoltare, iar nu de dorința – cațavenciană³⁵ – „ca tot românul să fie bine și toată țara să prospere”, urmând ca pentru aceasta să se traseze mai întâi liniile de urmărit, iar apoi să înceapă executarea acțiunilor care dau consistență acestuia. De fapt, aici este inclusă problema doctrinei naționale, care precizează ce este un stat anume, care îi sunt pilonii săi de bază (pe lângă cei clasici ai oricărui stat: familie, biserică, armată) și unde se dorește a fi proiectată forța mai mult sau mai puțin limitată a acesteia. Or, în ciuda cuvintelor frumoase din Tratatul de la Lisabona³⁶ adevărata Constituție europeană, nu există o strategie clară a ceea ce se dorește a se face din Uniunea Europeană, în contextul în care există o dispoziție în tratatele unionale care precizează că orice stat care îndeplinește valorile fundamentale ale UE poate fi inclus în aceasta. Astfel, UE se poate extinde cu orice stat care îi împărtășește valorile, dar – după cum referendumul britanic a subliniat – nu este clar ce se întâmplă când unul dintre state dorește să părăsească uniunea.

Iar dacă această critică poate fi adusă fără ezitări din perspectiva științelor politice, trebuie să observăm că Uniunea Europeană din punct de vedere administrativ este supradimensionată numeric la nivelul central. Este recunoscut faptul că marile probleme în state cu diferențe majore economice apar tocmai în teritoriu, fiind necesară o structură administrativă cât mai eficientă tocmai în zonele cu deficiențe. Existența doar a unor reprezentanțe la nivelul capitalelor fiecărui stat membru nu înseamnă nimic, pentru că existența unui astfel de nou stat, unional, atrage după sine existența tuturor consecințelor administrative presupuse de nașterea unui stat, iar necorespondența (de fapt, o disproporție dintre numărul de funcționari din structura centrală vs. Numărul de funcționari din structurile teritoriale) dintre ce este la centru și ce este în teritoriu duce la nefuncționalitate³⁷. Reprezentanțele pun alte probleme din perspectiva administrativă: ele funcționează în clădiri aparținând UE sau nu? Dacă ele aparțin UE, de când este acest lucru, pentru că reprezentanțele au apărut mai devreme decât data intrării în vigoare a tratatului de la Lisabona, care a creat această personalitate juridică a UE. Mai concret, acele clădiri au fost închiriate de la statele naționale, până în momentul în care Tratatul de la Lisabona a intrat în vigoare, iar după aceea, în temeiul apariției noului stat unional, clădirile respective au intrat în proprietatea UE, și respectiv au fost date în administrare³⁸.

În dispozițiile art. 335 al Tratatului de la Lisabona se precizează că: „În fiecare dintre statele membre, Uniunea are cea mai largă capacitate juridică recunoscută persoanelor juridice de către legislațiile interne; Uniunea poate, în special, să dobândească sau să înstrăineze bunuri mobile și imobile și poate sta în justiție. În acest scop, Uniunea este reprezentată de Comisie. Cu toate acestea, Uniunea este reprezentată de fiecare instituție, în temeiul autonomiei lor administrative, pentru chestiunile referitoare la funcționarea lor”. Aceste dispoziții se completează cu textul art. 345, care adaugă că: „Tratatele nu aduc atingere regimului proprietății în statele membre”. În practică, nu cunoaștem să existe donații sau legate făcute către Uniunea Europeană; de asemenea, nu credem că va exista vreodată o vacanță succesorală în care bunurile să fie preluate de către UE, iar nu de către statele naționale, indiferent „câtă cetățenie europeană va exista”. Deși putem fi de acord cu faptul că ar exista o proprietate europeană, raritatea acesteia nu conduce la o concluzie finală pozitivă, sub aspectul efectivității sale. Chiar dacă putem considera că există, numărul infim de bunuri pe care îl poate avea direct Uniunea Europeană îi reduce „consistența imagologică”. Deși nu este un concept juridic, această caracteristică pune în discuție realitatea subiectelor de drept față de o persoană juridică care nu este prezentă decât în câteva clădiri din mai puțin de 50 de orașe europene. Crearea de state presupune cu necesitate și

³⁴ V. Negruț, *op. cit.*, p. 333.

³⁵ M. Văcărelu, *op. cit.*, p. 105.

³⁶ *Uniunea se inspiră din moștenirea culturală, religioasă și umanistă a Europei, din care s-au dezvoltat valorile universale care constituie drepturile inviolabile și inalienabile ale persoanei, precum și libertatea, democrația, egalitatea și statul de drept – Preambul, alin. 2; Prezentul tratat marchează o nouă etapă în procesul de creare a unei uniuni tot mai profunde între popoarele Europei, în cadrul căreia deciziile se iau cu respectarea deplină a principiului transparenței și cât mai aproape cu putință de cetățeni – art. 1 alin. 2; Uniunea urmărește să promoveze pacea, valorile sale și bunăstarea popoarelor sale – art. 3 alin. 1; contribuie la pacea, securitatea, dezvoltarea durabilă a planetei, solidaritatea și respectul reciproc între popoare – art. 3 alin. 5).*

³⁷ M. T. Oroveanu, *Introducere în știința administrației*, Ed. Universității Dimitrie Cantemir, București, 1993, p. 256.

³⁸ Mutandis-mutandis, aplicăm conceptele legislației românești la scara întregii UE, din rațiuni de economie a redactării textului.

crearea de loialități față de aceste state, iar acestea apar pe măsură ce simbolurile ideii căreia trebuie să îi fii loial sunt prezente cât mai frecvent în viața cotidiană a omului. Problema proprietății europene este una dintre cele mai importante dificultăți care apare în crearea unei Uniuni Europene funcționale. Chiar dacă tehnologic umanitatea este supusă marilor schimbări, psihologia și realitățile fizice nu s-au modificat atât de mult încât să putem concluziona că am ajuns într-o altă etapă a gândirii umane. Or, în ipoteza în care mii de ani statele au un „manual” al creării și existenței, iar Uniunea Europeană nu este capabilă să îl respecte, cel mai probabil viitorul său politic va fi zugrăvit în culori sumbre. Simbioza dintre drept și politică este eternă, iar politicienii care subestimează rolul și influența dreptului vor vedea cum demersurile lor sunt reduse la neant de nobila știință a dreptului.

FICȚIUNEA JURIDICĂ – CONȚINUT, ESENȚĂ ȘI FORMĂ ÎN DREPT

Legal Fiction – Content, Essence and Form in Law

Cristian NEACȘIU*

Rezumat: Fără a întreprinde în mod imperativ, o analiză intrinsecă asupra dreptului, nu putem să nu remarcăm în cadrul acestuia, prezența și efectele unor constructe care par să fie revelate doar printr-un exercițiu al distanței față de ideea de just. Cel mai grăitor exemplu în acest sens, este reprezentat de: ficțiunea juridică. Odată constatată „existența” acestor constructe ficționale, în continuare, ca și o formă de pseudo-simetrie juridică, în mod corelativ, ne revine obligația, cel puțin morală – de a scoate această curiozitate juridică, din nebuloasa conceptuală în care a fost și este, cu precădere plasată... și de a o integra în coordonatele de formă și de fond ale dreptului și astfel de a o legitima ca fiind o realitate ce ține de esența acestuia din urmă. Exact în aceasta constă exercițiul apropierei acestui construct cu caracter ficțional, de ideea de just și implicit integrarea sa, în esența, conținutul și forma dreptului.

Cuvinte-cheie: ficțiune, ficțiune juridică, esența dreptului, conținutul dreptului, forma dreptului.

Abstract: Fiction is an integral part of each of us. Some help or improve our existence, and others prove to be „real” obstacles or simply amuse us. Paradoxically, when these are found in law, their effect proves to be beneficial and can be considered as a means of the purpose of the law – the desideratum. This means that it is actually thought out, edited and used by law, we can not but observe the „presence” in the field of law, or, even if we observe it, we ignore it by manifesting a juridical passivity. On the contrary, we must look at them with at least one trace of interest, an interest that is the impetus needed to develop an analysis and study them, only in this way being aware of their theoretical and practical importance. Thus, in this way, they are legitimate, as the necessary „realities” of law, realities without which its instrumental instrument would suffer a loss or even a loss, and implicitly, it would no longer be able to achieve its finality.

Keywords: fiction, legal fiction, the purpose of the law, the essence of the law, the form of law.

Considerând „ideea că abstracțiunea este doar un exercițiu speculativ, a rămas o simplă prejudecată”¹, în analiza noastră încercăm să potențăm această idee, acordându-i indirect, titulatura de *truism*, având ca punct *ab initio*, cuvintele lui Jean Carbonnier, cum că: „sistemul juridic este câmpul spațial și temporal, în care se produc fenomenele dreptului”².

În lumina cuvintelor acestuia, suntem îndrituiți să emitem judecăți și considerații de valoare asupra noțiunii de *realitate juridică*. Aceasta din urmă, înainte de a lua în considerare elementele sale componente: conștiința juridică, dreptul și relațiile juridice (ordinea de drept), este de fapt, o *suprastructură juridică*, întrucât „oricare realitate juridică cuprinde în sine și una socială, dar o depășește exprimând ceva suplimentar și prezentând astfel (...) o nouă «sinteză» a cunoașterii”³. Pentru a fi conștienți de această „sinteză” a acestei cunoașteri specializate, trebuie să avem în vedere celelalte realități – premisă, care condiționează, determină și configurează această realitate juridică, întrucât „sunt (...) tot atâtea specii de realitate, câte specii de conștiințe”⁴, dar acestea nu există separat, întrucât „realitățile juridice nu pot fi nici măcar concepute, fără a fi suprapuse celor morale și prin aceasta celor sociale...”⁵, iar acestea din urmă „se întemeiază la rândul lor, pe un alt fel de realități, pe realități psihologice”⁶. Astfel, luând în considerare una din legile definiției – „definiția precisă, este cea dată prin indicarea genului proxim și a diferenței specifice”⁷, putem enunța succint: realitatea juridică, înainte de a fi configurată în cele trei elemente componente, proprii, este un *cumul succesiv*⁸ de realități anterioare, de la care aceasta pleacă și pe care ulterior se grefează. Din acest trio de realități

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: cristian.neacsu@gmail.com.

¹ Ion Zamfirescu, *Orizonturi filosofice*, Ed. Casei Școalelor București, București, 1942, p. 11.

² Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Ed. A. Collin, Paris, 1977, p. 142.

³ Mircea Djuvara, *Eseuri de filosofie a dreptului*, Ed. TREI, București, 1997, p. 294.

⁴ Mircea Djuvara, *op. cit.*, p. 155.

⁵ Mircea Djuvara, *op. cit.*, p. 233.

⁶ Mircea Djuvara, *op. cit.*, p. 296.

⁷ Giuseppe Barzaghi, *Compendiu de filosofie sistematică*, Ed. ARCB, București, 2010, p. 22.

⁸ Considerăm că modalitatea în care toate celelalte realități anterioare configurează *realitatea juridică* este una succesivă și nu una de genul *uno ictu*. Mecanismul acestei succesivități ar putea fi considerat următorul: *realitățile psihologice* ale fiecărui subiect de drept dotat cu rațiune și conștiință (aici fiind incluse și subiectele colective de drept – persoanele juridice, întrucât voința acestora se exprimă prin intermediul persoanelor fizice care compun organele lor de conducere, așa cum prevăd dispozițiile articolului 187 C. civ. – referitor la elementele constitutive ale persoanei juridice și cele ale articolului 193 alineatul 1 din același act normativ civil fundamental, referitor la modalitatea prin care persoana

sucsesive – realitățile psihologice, realitatea morală și cea socială, ultima posedă conținut și forme care se manifestă în realitatea fizică, perceptibilă *ex propriis sensibus*, pe când celelalte două, deși sunt realități cu conținut teoretic, în planul conceptual, nu pot fi concepute, fără a avea legături și cu *sfera socială*⁹. Chiar putem spune, raportându-ne la cuvintele lui Georg Wilhelm Friedrich Hegel: „atunci când gândesc un obiect, îl transform în gând (...) îl transform în ceva care este esențial și nemijlocit, al meu propriu;”¹⁰ că mecanismul formării realității juridice, are resorturi interne corespondente, ce țin de o *pseudo-realitate paralelă acesteia*¹¹.

Într-o linie de gândire și demers cognitiv, superioare dar similare, domnul Profesor Nicolae Popa, considera că realitatea juridică „nu poate fi desprinsă de existența celorlalte părți ale unei societăți, suportând influența acestora și exercitând la rândul-i, influență, asupra lor”¹², întrucât „legile trebuie să fie potrivite cu condițiile fizice al țării; cu clima – rece, caldă sau temperată, cu calitatea solului, cu așezarea, cu întinderea sa (...)”¹³.

Astfel, odată construită noțiunea *realității juridice* și astfel având o imagine clară asupra conținutului său, următorul pas ar fi considerarea acesteia în raport cu coordonatele sale, întrucât ea nu există separat, doar prin individualitatea proprie, pentru că dacă ar fi așa, ar însemna ca dreptul să fie doar un fenomen static¹⁴, iar acest lucru nu este cu puțință, întrucât dreptul înseamnă viață și implicit dinamism. Coordonatele față de care, aceasta ar trebui să fie considerată, sunt cele două constante universale: *timpul și spațiul*.

Pentru potențarea acestei raportări a realității juridice, la cele două coordonate, trebuie făcută distincția¹⁵ între: planul aplicării legii în timp și în spațiu¹⁶ și cel al caracterelor – *temporal* și *spațial*, intrinseci acesteia, tocmai acesta din urmă interesându-ne, cu precădere.

În ceea ce privește, aplicarea în timp și în spațiu a legii, acestea reprezintă elemente de tehnicitate, reprezentate de un ansamblu de reguli, care au rolul, de a face aplicabilă legea, ca act normativ, chiar mai mult, putem considera că: au rolul de a *asigura aplicabilitatea acesteia*. În ceea ce privește cel de-al doilea plan, la o primă vedere, caracterul

juridică produce efecte juridice) sunt transpuse în cadrul *realității sociale*, iar acesteia din urmă, i se adaugă *realitatea morală*. Aceste două realități convertite într-o dualitate suprapusă, reprezintă „pomul” – câmpul social cu tot ce ține de moral și profan, din care „omul” – legiuitorul, își alege „fructele” – relațiile sociale normate, în acest fel fiind construită *realitatea juridică*. Cu mențiunea că spre deosebire de preceptul biblic, pe care Dumnezeu L-a adus la cunoștință lui Adam și Eva, aceștia având o obligație de a nu face – prima obligație de acest tip din istoria umanității, „omul” – legiuitorul, chiar are obligația de a alege și un astfel de fruct – „mărul”, întrucât relațiile sociale neconforme imperativelor morale, sau chiar cele cu caracter aflictiv, ar rămâne în afara reglementării juridice și implicit nu ar mai fi sancționate în vederea reprimării lor.

⁹ Prin sintagma uzitată, înțelegându-se tot ceea ce ține de social, ca produs al existenței, interacțiunii și activității oamenilor în societate.

¹⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filozofiei dreptului sau Elemente de Drept Natural și de Știință a Statului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 29.

¹¹ Făcând analiza aceluiași cuvinte ale lui G.W.F. Hegel (menționate anterior), deducem că după transformarea sa în gând, obiectul, entitatea, conceptul sau ființa umană e introdus ca *idee*, într-o *lume sensibilă a ideilor*, care se formează prin reprezentarea în conștiință a lucrurilor prezente sau care își semnalează prezența, în realitatea fizică. Astfel această *pseudo-realitate paralelă – lumea sensibilă a ideilor*, ar opera la mai multe niveluri de „existență”. Primul nivel ar fi reprezentat de: *lumea sensibilă individuală*, alcătuită din reprezentările cognitive, ale tuturor lucrurilor, entităților și conceptelor, prezente în viața unui om, reprezentări ce sunt construite și emană astfel, de la acel om. Succint spus, *lumea sensibilă individuală*, este o sinteză a tuturor realităților prezente în viața unui om. Cel de-al doilea nivel ar fi reprezentat de: *lumea sensibilă colectivă*, alcătuită din reprezentările cognitive ale fiecărui om al Cetății, asupra tuturor lucrurilor, entităților și conceptelor prezente, în viața fiecăruia dintre aceștia. Fără a pierde din vedere faptul că, prima este caracterizată de *individualitate*, iar cea de-a doua, de *generalitate*, rezultă ca o consecință logică, că toate aceste lumi, sunt în esență, ogindiri, reproduceri parțiale sau chiar copii conceptuale, ale lumii fizice în care trăim, ele totodată, adăugându-se acesteia din urmă, ca și o *pseudo-realitate suprapusă*. Ceea ce este interesant la această considerație, este faptul că această *pseudo-realitate suprapusă celei fizice*, este mai întinsă decât aceasta din urmă, ea putând fi considerată ca *infinită* (întrucât, de exemplu: *numărul lumilor sensibile individuale*, cu privire la aceleași entități, lucruri sau concepte, *nu este finit*). Sintetizând succint, putem considera că, lumile sensibile *individuală* și *colectivă*, se împletesc în ceea ce numim *pseudo-realitate conceptuală*, care fiind mai întinsă, chiar infinită, ea se suprapune realității fizice, ca și un corolar acesteia din urmă. Similitudinea ce rezultă pe cale de consecință logică, este faptul că atât *realitatea juridică*, cât și *pseudo-realitatea conceptuală* se formează, fiecare din ele, plecând de la realități, respectiv pseudo-realități anterioare, pe care ulterior, acestea se grefează. Totodată, acestea două, odată construite, nu putem considera că nu ar prezenta o inflexiune comună, cel puțin conceptuală, ci dimpotrivă, trebuie să avem în vedere că ele se pot răsfrânge asupra aceluiași obiect! (de exemplu: în situația în care, organul legiuitor ar edicta o lege draconică, într-un anumit domeniu al vieții sociale, din momentul intrării în vigoare, asupra acesteia, destinatarilor săi, ar avea fiecare, propria opinie cu privire la acest act normativ, fiecare din aceste opinii privită în mod separat, reprezintă o *lume sensibilă individuală*, iar privite cumulat, reprezintă o *lume sensibilă colectivă*. Cele două lumi, reprezintă o *pseudo-realitate conceptuală*, al cărei obiect este reprezentat de respectivul act normativ draconic. Totodată, acesta din urmă, își aduce aportul la construirea *realității juridice*, iar aceasta se reflectă asupra lui. Acesta este un exemplu care ilustrează ideea, cum că atât *realitatea juridică*, cât și *pseudo-realitatea conceptuală*, pot „exista” paralel, gravitând în jurul aceluiași obiect).

¹² Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 40.

¹³ Charles Louis de Secondat Montesquieu, *Despre spiritul legilor*, vol. I, Ed. Științifică, București, 1964, p. 17.

¹⁴ Chiar și din punct de vedere terminologic, construcția – „fenomen static”, este o antinomie, întrucât în accepțiunea intrinsecă a primului termen al acesteia – *fenomen*, acesta reclamă întindere spațială – spațialitate și întindere în timp – temporalitate, iar ideea de static, le reprimă pe acestea două, sau cel mult le conservă într-o formă inițială.

¹⁵ Distincție necesară, întrucât legea ca act normativ, este o parte componentă a dreptului, iar acesta din urmă, la rândul său, face parte din *realitatea juridică*. Astfel că aplicarea legii în timp, implicit produce efecte asupra *realității juridice*.

¹⁶ Acesta fiind reprezentat de: dispozițiile articolului 78 din Constituția României – revizuită, în cadrul căruia este reglementată regula intrării în vigoare a legii, dispozițiile articolului 15 alin. (2) din același act normativ fundamental, în cadrul căruia este reglementată regula aplicării în timp a legii și de dispozițiile cuprinse în cadrul celorlalte acte normative consfințite prin legi organice, care consacră teritorialitatea legii, aplicabilă relațiilor sociale reglementate de ele, cum ar fi dispozițiile articolului 7 din Codul civil român, care consacră teritorialitatea legii civile.

temporal intrinsec al realității juridice, ar releva întinderea acesteia în timp¹⁷, întindere care ar putea fi fixată în „puncte” importante ale sale, cum ar fi: punctul de început sau punctele în care aceasta suportă variații. În considerarea acestei idei, spre exemplu, între două modificări succesive ale realității juridice, elementul temporal este cadrul – suport în care intervin aceste două modificări, dar care este indiciul care le diferențiază pe acestea? Nu putem răspunde decât prin a considera că *realitatea juridică, este o înșiruire de forme, o înșiruire cu caracter succesiv* – regulă, în cadrul căreia, sunt relevate forme noi, concomitent cu perimarea altora vechi, sau uneori, o înșiruire cu caracter de ciclicitate – excepție, din care *emană chiar o circularitate acesteia*, constând în reiterarea unor forme ancestrale ale sale¹⁸.

Fără a fi o *conclusio finalis*, una dintre concluziile mediane ale expunerii noastre, este că realitatea juridică prezintă în mod inerent o *formă*.

Rățiunea care conduce la această concluzie mediană, este una *duală*, anume: necesitatea raportării realității juridice la cele două coordonate fundamentale – spațialitatea și temporalitatea, reclamă o *formă* a acesteia, întrucât realitatea juridică, nu poate exista prin prisma celor două fără a avea o formă. În al doilea rând, faptul că aceasta este construită în mod succesiv prin prisma altor realități (realitățile psihologice transpuse în cea socială, căreia acesteia din urmă, i se adaugă cea morală), reclamă și o *formă* a sa, întrucât toate celelalte realități anterioare¹⁹, au fiecare din ele, câte o formă proprie, deci forma realității juridice, ar rezulta ca o *sinteză a altor forme*.

Gândind termenul de „*ficțiune*” în accepțiunea sa intrinsecă, el ne apare ca fiind o „abatere de la realitate, ca alterare sau ignorare a unora dintre elementele acesteia”²⁰. Ulterior acestei constatări, ne apare ca fiind justă întrebarea: abatere de la care realitate... cea fizică, materială, sau cea conceptuală²¹? Într-o încercare de a contura un răspuns, remarcăm faptul că în cazul ficțiunii propriu-zise, este vorba de *realitatea fizică, materială*, însă atunci când termenului „*ficțiune*” i se adaugă extensia sa juridică, în mod corolar, și realității trebuie să i se adauge o extensie similară, astfel fiind prefigurată *realitatea juridică* – obiectul de referință al ficțiunii juridice. Așadar, *realitatea juridică* reprezintă criteriul exterior, în funcție de care, unui construct ficțional, îi poate fi atribuită o conotație juridică, pentru a fi considerat o *veritabilă ficțiune juridică*²², întrucât „realitatea juridică este așadar criteriul de referință al ficțiunii, iar consecințele acestei opțiuni, sunt adeseori notabile (...)”²³.

Existența unei *forme* a realității juridice²⁴, cumulat cu faptul că aceasta din urmă, reprezintă obiectul la care se raportează ficțiunea juridică, conduce la ideea cum că acest construct juridic ficțional, prezintă un *rol modelator* al acestei forme!

Deși, așa cum considera Hans Kelsen: „statul nu poate fi văzut, nici auzit, nici pipăit”, totuși „realitatea desigur cea mai puternică și cea mai interesantă în drept, cea mai pasionantă de studiat, este Statul. E o realitate atât de vie și de puternică, încât absoarbe individualitatea noastră a tuturor, care se pierde într-însa. E o realitate atât de adâncă, încât ea se întinde în timp și în spațiu mult peste forțele și existențele persoanelor individuale. E o realitate absolută, întrucât nu recunoaște nici o autoritate superioară, cum recunoaște persoana privată autoritatea statului. Statul nu recunoaște nimic superior sieși. Statul își exercită, în principiu, atribuțiile pe un anumit teritoriu. Ei bine, pe acest teritoriu și față de persoanele aflate pe ele, statul organizează dreptul”²⁵.

Fără a fi o încercare de conciliere a celor două viziuni, apare ca fiind necesar, efortul teoretic, de a ilustra mecanismul ce explică existența acestei *pseudo-realități*, statul!, efort ce validează și ideea anterior exprimată, aceea referitoare la rolul modelator al ficțiunii juridice.

Fără a încerca să invalidăm afirmația lui G.W.F. Hegel: „Numai că statul nu este în genere un contract”²⁶, nu putem a nu considera că acesta nu funcționează în baza unei *ficțiuni juridice*, aceea a *contractului social*, care reprezintă fundamental său teoretic și conceptual.

¹⁷ Întindere în timp, care nu trebuie înțeleasă în sensul de perioada cât legea a fost în vigoare, cuprinsă între momentul intrării sale în vigoare și momentul când aceasta este abrogată, întrucât este diferită de aceasta. Ea trebuie înțeleasă în sensul de *persistență în timp a legii*, adică durata de timp cât legea ca act normativ *a existat ca formă* sau mai bine zis, ca *succesiune de forme*, și nu ca act normativ, care a fost în vigoare și a produs efecte juridice.

¹⁸ Întrucât, așa cum am menționat anterior, dreptul înseamnă viață și implicit procesualitate liniară evolutivă.

¹⁹ Întrucât morala a preexistat dreptului, realitatea socială a societății umane a succedat realității morale, iar ambele împletindu-se axiologic, au avut o existență *a priori*, realității juridice.

²⁰ Ion Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 46.

²¹ În sensul de pseudo-realitate.

²² Deși este evidentă, antinomia terminologică a construcției lexicale, considerăm că aceasta este depășită și implicit legitimată a fi uzitată, întrucât ficțiunea juridică este chiar o *realitate a dreptului* (așa cum va reieși din partea referitoare la conținutul dreptului, prin raportare la ficțiunile juridice).

²³ Ion Deleanu, *op. cit.*, p. 47.

²⁴ Nu avem în vedere specificitatea uneia din formele realității juridice, ci faptul că întotdeauna realitatea juridică, este însoțită de o formă inerentă acesteia!; Raportat la prima teză a ideii anterioare, totuși există unii autori care apreciază că realitatea juridică ar exista în mai multe forme (de exemplu Mircea Djuvara, în opera sa „*Teoria generală a dreptului (Enciclopedia juridică). Drept rațional, Izvoare și Drept pozitiv*”, consideră că: „*Realitatea juridică este de mai multe feluri.*”).

²⁵ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului. (Enciclopedia juridică). Drept rațional, Izvoare și Drept pozitiv*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 43.

²⁶ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filozofiei dreptului sau Elemente de Drept Natural și de Știință a Statului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 108.

Deși, *pseudo-realitatea contractului social*, este o *ficțiune*, ce produce efecte chiar în *realitatea juridică*, totuși, prin „semnarea” acestuia, de către cetățeni – exponenții părții guvernate, statului i-ar putea fi legitimate și prerogative care aduc atingere celor mai înalte valori ale acestora (cum ar fi: atingerile aduse dreptului la viață, cea mai înaltă valoare a unui om al Cetății). Astfel, atingerea cea mai puternică²⁷ ce poate fi adusă prin drept, dreptului la viață, este reprezentată de pedeapsa capitală.

Astfel, considerăm că în ceea ce privește această pedeapsă, trebuie făcută o analiză de adâncime și diferențiere, anume: în cazul unui stat care nu prevede în legislația lui națională, pedeapsa cu moartea (ca urmare a abolirii acesteia²⁸ sau ca urmare a faptului că nu a prevăzut niciodată pedeapsa capitală), cetățenii acestui stat, atunci când „semnează” contractual social, nu îi acordă și nu îi legitimează astfel, prerogativa de a decide asupra acestei valori supreme – viața omului. Aceasta ar fi situația-regulă, pe care au ales-o și o uzitează majoritatea statelor lumii, cu precădere democrațiile. În cadrul acestei situații-regulă, statul apare ca fiind o construcție ficțională, o ficțiune juridică, ce-și regăsește sorgintea²⁹ în cadrul altei ficțiuni – aceea a contractului social. Deci în această situație, statului îi este imprimată o formă printr-o *ficțiune propriu-zisă* (contractul social), formă ce are tot o *natură ficțională*, întrucât statul, ca și construcție teoretico-conceptuală, este de fapt, o *ficțiune juridică*. Succint spus, în această situație, *ficțiunea juridică* generată de o ficțiune propriu-zisă anterioară, imprimă realității juridice, o formă specifică! Totodată, o ficțiune propriu-zisă generând o ficțiune juridică, *aceasta generează conținut în drept!*

Situația-excepție, ar fi aceea în care un stat ar prevede pedeapsa capitală, în sistemul de drept național. În această situație, considerăm că ficțiunea propriu-zisă a contractului social, există în aceeași formă ca și în cadrul situației-regulă, aceasta constituind în continuare, fundamentul statalității. Totuși fără a lipsi din vedere, *interpretarea sistemică a dreptului pozitiv cu dreptul natural*, întrucât așa cum considera Immanuel Kant: „moralitatea constă în conformitatea intențiilor noastre cu cerințele imperativului categoric, iar legalitatea constă în conformitatea faptelor noastre cu cerințele imperativului categoric”³⁰, în această situație, ficțiunea juridică a statalității, apare ca fiind una denaturată, în forma unei *monstruoșități juridice*, întrucât statul are posibilitatea și chiar dreptul, de a decide asupra valorii supreme a omului – viața acestuia.

Deci, în cazul acestei situații de excepție, ficțiunea-propriu zisă – aceea a semnării contractului social de către părțile sale – guvernații și guvernanții, generează ficțiunea statalității, dar aceasta este generată într-o formă denaturată, putând fi considerată o monstruoșitate juridică!, iar ceea ce e „monstruos”, nu poate ține de sacru implicit ca formă. Înseamnă că aceasta din urmă imprimă realității juridice, o *formă, în mod corelativ, denaturată*. Totodată, o *ficțiune propriu-zisă* generând o *monstruoșitate juridică*, aceasta generează *conținut profan*, în drept! De aceea „unii, mai rezervați (...), le-au considerat, cel mult, « curiozități juridice », alții (...) respingându-le sau condamnându-le, le-au considerat « monstruoșități juridice »”,³¹.

Cumulând aspectele conclusive, ale celor două situații, putem enunța: *o ficțiune propriu-zisă anterioară, fundamentând o ficțiune juridică, generează conținut în drept, aici oprindu-se interferența primeia cu dreptul. Mai departe, ficțiunea juridică generată, imprimă realității juridice o formă specifică și corelativă naturii sale ficționale.*

Totuși, se pune întrebarea: dacă ficțiunea propriu-zisă, poate genera conținut în drept, atunci ficțiunea juridică, ar trebui să țină tot de conținutul dreptului ?

Conturând un răspuns, nu putem să nu considerăm faptul că, *a fortiori* influenței ficțiunii propriu-zise asupra conținutului dreptului, ficțiunea juridică, chiar face parte din acest conținut!

Deși pare o antinomie, cel puțin terminologică, ficțiunile juridice, sunt realități ale dreptului! Ele fac parte din conținutul acestuia, îl potențează metodologic și astfel îl „condimentează”³².

Revenind la afirmația anterioară, apare ca necesară, reprezentarea modalității în care ficțiunea juridică, *potențează metodologic*, dreptul. Având în vedere mecanismul intrinsec al ficțiunii juridice – aceasta denaturează, alterează sau chiar contrazice realitatea, în scopul de a produce un efect juridic, care altfel, acesta din urmă nu s-ar produce, rezultă că *ficțiunea juridică trebuie văzută ca un mijloc al dreptului, necesar în realizarea unui scop juridic*.

Scopul poate fi reprezentat în mai multe forme, de la explicarea înțelesului unor termeni juridici, până la producerea unor efecte juridice, care altfel nu s-ar produce în lipsa acesteia. Fiind văzută prin prisma relației sinergice *mijloc – scop*, ficțiunea juridică ne apare astfel, ca fiind un instrument metodologic propriu al dreptului. Astfel, putem considera că aceasta face parte din *instrumentarul metodologic* al acestuia.

²⁷ Ce echivalează cu suprimarea acestui drept fundamental.

²⁸ În cazul unui astfel de stat, până în momentul abolirii pedepsei capitale, ideea contractului social – ficțiune propriu-zisă, genera teoria statalității – fundamentul existențial al statului respectiv, însă aceasta din urmă, nu a fost o ficțiune juridică veritabilă, ci una denaturată, mai degrabă o *monstruoșitate juridică*.

²⁹ Fiind astfel legitimată.

³⁰ Ion Craiovan, *Introducere în filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1998, p. 85.

³¹ Ion Deleanu, *Ficțiunile juridice*, Ed. All Beck, București, 2005, p. 7.

³² Un exemplu de ficțiune juridică ce face parte din conținutul dreptului, este reprezentat de *teritorialitatea legii penale române*. Legiuitorul, pentru a asigura aplicabilitatea legii penale române și asupra unor situații juridice, care altfel ar fi insolubile, a recurs la o *ficțiune juridică prin asimilare*. Mai exact, a considerat bordul navelor și aeronavelor sub pavilion românesc, care nu se află în porturi și aeroporturi, ca fiind o parte conceptual-integrată în noțiunea de „teritoriu al României”, tocmai pentru ca sub incidența legii penale române, să intre și faptele săvârșite la bordul acestor nave și aeronave.

Totuși, deși face parte din acest instrumentar, utilizarea ei reclamă un echilibru, echilibru ce este o aplicație a unui principiu general al dreptului. Astfel, recurgerea la o ficțiune juridică, trebuie să se facă cu respectarea *principiului proporționalității* și numai atunci când este necesar, întrucât *ficțiunea juridică începe acolo unde celelalte instrumente metodologice ale dreptului își încetează acțiunea*.

Fără a pierde din vedere, faptul că ficțiunea juridică face parte din instrumentarul metodologic al dreptului și revenind la ideea exprimată anterior, că aceasta explică și fundamentează teoria statalității, constatăm că aceasta are o *existență perpetuă* în cadrul dreptului. *A fortiori*, considerând că „există în relația juridică ceva, care subzistă în mod necesar oriunde și ne face să o recunoaștem ca atare. Iar elementele care în felul acesta caracterizează relația juridică, constituie ceea ce numim *permanențele juridice*”³³, și având în vedere și ideea interpretării sistemice a dreptului pozitiv cu dreptul natural (exprimată anterior), rezultă că ficțiunea juridică este o *permanență a dreptului*, indiferent de modificările și evoluțiile pe care le suportă un sistem de drept.

Dreptul fiind „unitatea unor laturi calitative și cantitative”³⁴, iar „oricâte modificări va suferi un sistem juridic, prin orice stări ar trece – ca urmare a modificărilor intervenite în elementele sale – această calitate principală, va rămâne neschimbată”³⁵, trebuie să considerăm că această principală calitate constantă, este reprezentată de *esența dreptului*.

Acest „nucleu dur” al dreptului, caracterizat de constanță, rămâne neschimbat, cel puțin principial, în raport cu evoluția sistemului juridic, iar ficțiunea juridică – permanență a dreptului, deși are un caracter ficțional, apare ca fiind eligibilă, a fi cuprinsă în noțiunea de *esență a dreptului*.

Fără a fi *ultima verba*, putem considera că: ficțiunea juridică – această realitate³⁶ a dreptului, ce intră în conținutul, inflexiunile și articulațiile acestuia, își manifestă o „prezență” ce are caracter de continuitate, fiind astfel calificată ca ținând de *esența dreptului*, acest lucru antrenând „imprimarea” de către aceasta, a unei forme corelativ specifice, realității juridice. Această *formă specifică* este un indicator al prezenței ficțiunii în drept, prezență ce se manifestă în *partea rațională* a realității juridice... și care consimte ca aceasta din urmă, să prezinte o *complexitate infinită*, doar așa fiind asemenea realităților fizică-naturală și socială, pe care se grefează și asupra cărora ulterior, se răsfrânge.

³³ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului*. (Enciclopedia juridică). Drept rațional, Izvoare și Drept pozitiv, Ed. All Beck, București, 1999, p. 7.

³⁴ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 49.

³⁵ Nicolae Popa, *Teoria generală a dreptului*, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 49.

³⁶ În sensul de *pseudo-realitate*, întrucât ficțiunea juridică aparține părții raționale a realității juridice.

CONSIDERAȚIUNI PRIVIND DREPTURILE OMULUI ÎN CONTEXTUL DEZVOLTĂRII TEHNOLOGIILOR INFORMAȚIONALE

Considerations on Human Rights in The Context The Development of Information Technologies

Igor SEROTILA*

Rezumat: *Pe fundalul unei revoluții tehnologice, mai multe raporturi juridice au fost augmentate de către aplicarea tehnologiilor emergente precum inteligența artificială, robotică, nanotehnologii, biotehnologii, compuși noi, automobile autonome etc. În acest context, este important de subliniat că cunoașterea actuală a efectelor tehnologiilor asupra sistemelor de drept, în special asupra protecției drepturilor omului este limitată, pe alocuri lipsesc abordările teoretice și practice. Deopotrivă acestui deziderat, tehnologia însumă un potențial pentru ascensiunea drepturilor omului, dar, concomitent aceasta poate crea anumite impedimente pentru garantarea efectivă a drepturilor omului, impedimente care se răsfrâng atât asupra persoanei, cât și colectiv. Științele juridice necesită să ofere soluții la provocările, controversile dar și oportunitățile create de tehnologie, în special de interacțiunea complexă și condiționată dintre drepturile omului și tehnologiile. În raport cu cele menționate, autorul oferă o privire de ansamblu asupra corelației dintre drepturile omului, protejarea efectivă a acestora și tehnologiile informaționale, precum și argumentează necesitatea evoluției sistemelor de drept.*

Cuvinte-cheie: *drepturile omului, sisteme de drept, evoluția dreptului, dezvoltare, tehnologie.*

Abstract: *Against the backdrop of a technological revolution, several legal relations have been augmented by the application of emerging technologies such as artificial intelligence, robotics, nanotechnologies, biotechnologies, new compounds, autonomous cars etc. In this context, it is important to underline that current knowledge on the effects that technology has on legal systems, especially on the protection of human rights, is limited, at times, theoretical and practical approaches are lacking. Alongside the aforementioned, technology encompasses the potential the ascension of human rights, but, at the same time, it can create particular hindrances for the effective guarantee of human rights, hindrances that affect both the person and the collective. Legal sciences have to offer solutions to the challenges, controversies and opportunities created by technology, especially to the complex and conditional interaction between human rights and technology. In respect to the aforementioned, the author provides and overview of the correlation between human rights, their effective protection and information technologies and argues the need for the evolution of law systems.*

Keywords: *human rights, legal systems, law evolution, development, technology.*

În viziunea populară a unei pleiade de oameni de știință, precum și a futurologilor, actualmente suntem în plină realizare a unei revoluții tehnologice, care va schimba fundamental modul în care trăim, lucrăm și interacționăm cu alte persoane. Având în vedere dimensiunea, scopul și complexitatea acestei revoluții, transformările vor fi de o natură nemaivăzută până în prezent.

Amplificată de efectele legii lui Moore, dar și de descoperirile și inovațiile științifice, tehnologia s-a extins exponențial în viața umană, în mod special în spectrul digital. În rezultat mai multe raporturi juridice au fost augmentate de către aplicarea tehnologiilor emergente precum inteligența artificială, robotică, nanotehnologii, biotehnologii, compuși noi, automobile autonome etc.

Vizionarul Max Tegmark atribuie aceste procese la *Viața 3.0*, etapa tehnologică a vieții, care precedă etapa biologică și cea culturală, în care ființele vii proiectează hardware și software-ul său¹.

Constatăm că cunoașterea actuală a efectelor tehnologiilor asupra sistemelor de drept, în special asupra protecției drepturilor omului este limitată, pe alocuri lipsesc abordările teoretice și practice. Cercetările în acest domeniu diferă sub aspectul multitudinii acestora, în acest sens nefiind conturată o viziune doctrinară argumentată. Bineînțeles, aceste deficiențe au un impact direct asupra garantării drepturilor omului la nivel național, prin adoptarea legislației de rigoare și la nivel internațional, prin racordarea fundamentului drepturilor omului la rigorile dezvoltării tehnologiilor.

Având în vedere procesele evolutive ale societății, tehnologia constituie un element cheie îndreptat spre dezvoltarea capacităților și capabilităților umane. Sistemele de drept, considerând scopul lor unic de împlinire a intereselor generale și speciale a societății, trebuie să se adapteze la aceste evoluții. Astfel, provocările curente ale sistemelor de drept naționale și supranaționale includ preocupări ce vizează dezvoltarea și reglementarea internetului,

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: igor.serotila@gmail.com.

¹ Tegmark, M., *Life 3.0. Being Human in the Age of Artificial Intelligence*, London: Penguin Books, 2018, p. 29.

globalizarea și reglementarea jurisdicțiilor supranaționale, libertatea circulației informației și confidențialitatea datelor etc.

Astăzi, tehnologiile informaționale sunt percepute, în sensul larg, ca o combinație a două elemente – tehnologiile de calcul și de comunicare. Tehnologia, în acest sens, permite un acces îmbunătățit la mijloacele de producere, distribuire și utilizare a informației de diferite feluri.

Definiția termenului de tehnologie informațională și a comunicațiilor, similar definiției tehnologiei informației, se referă la orice componentă a spectrului tehnologiilor de calcul, cum ar fi rețele, hardware, software, internetul, persoanele care utilizează aceste tehnologii, dar se focusează pe aspectele comunicaționale ale tehnologiei informației². În aceeași ordine de idei, conceptul digital sau al spațiului digital își face apariția deja plenar spre anul 1995 și este strâns legat de cel al tehnologiilor informaționale și comunicațiilor. Însăși definițiile aferente tehnologiei ne permite să evidențiem că există un potențial pentru ascensiunea drepturilor omului, dar, concomitent tehnologia poate crea anumite impedimente pentru garantarea efectivă a drepturilor omului, impedimente care se răsfrâng atât asupra persoanei, cât și colectiv.

Științele juridice necesită să ofere soluții la provocările, controversale dar și oportunitățile create de tehnologie, în special de interacțiunea complexă și condiționată dintre drepturile omului și tehnologiile informaționale.

Un exemplu al acestor controverse este oferit de Tegmark, care deliberează dacă cercetările în domeniul inteligenței artificiale ar trebui reglementate sau, generalizând, ce stimulente ar trebuie să ofere factorii de decizie politică cercetărilor în domeniul inteligenței artificiale pentru a maximaliza șansele unui rezultat benefic. Unii cercetători din domeniul inteligenței artificiale s-au expus împotriva tuturor formelor de reglementare a dezvoltării inteligenței artificiale, susținând că aceste reglementări vor amâna inutil inovațiile urgent necesare și vor strămuta cercetările de ultimă generație în domeniul inteligenței artificiale în clandestinitate și/sau în țări unde guvernele sunt mai permissive³.

Odată ce tehnologiile informaționale pot fi rezumate la inovare și dezvoltare, acestea evidențiază anumite probleme ce vizează drepturile omului. Analizând în ansamblu aceste probleme și provocări, evidențiem că identificarea și definiția a drepturilor care sunt nemijlocit afectate de progresul tehnologiilor informaționale este una de primă importanță. Conceptual, tehnologiile informaționale vizează direct astfel de drepturi, precum: dreptul la viață intimă, dreptul la proprietate, libertatea exprimării, dreptul la educație, dreptul la dezvoltare etc.

În contextul prezentului studiu, drepturile omului nu pot fi alinate doar în raport cu tehnologia, relația dintre acestea și tehnologiile informaționale depind de contextul economic, politic și cultural. În particular, acest context este definit de rolul esențial al entităților care dețin competențe de garantare a drepturilor omului.

Totodată, din considerentele menționate supra, studiarea complexă și multiaspectuală a corelației dintre sistemul de drept, drepturile omului și tehnologiile informaționale este de o actualitate imediată.

Astfel, pornind de la scopul de asigurare a intereselor societale ale sistemelor drept putem atesta situații în care tehnologiile, după natura sa, pot crea oportunități sau ingerințe pentru membrii societății – individului. În cazul ulterior există o necesitate de a garanta realizarea drepturilor și libertăților unui individ. Realitatea acestui deziderat confirmată de prof. Jean-Francois Rennucci, care evidențiază că protecția drepturilor omului în Europa se realizează prin recurgerea la un anumit număr de principii directoare, care reprezintă semnul unei afirmări puternice a garanțiilor. Rolul principiilor generale în interpretarea și aplicarea textelor care ocrotesc drepturile omului este deosebit de important⁴.

Înțelegerea, în sens larg, a acestei abordări a tehnologiei urmează a fi realizată prin prisma definiției ordinii juridice a Uniunii Europene, după cum specifică profesorul Augustin Fuerea, care cuprinde totalitatea normelor juridice ce guvernează raporturile juridice la care Uniunea Europeană participă⁵.

Tratatele consolidate ale Uniunii Europene nu conțin prevederi speciale ce vizează tehnologiile informaționale și de comunicație. Abordarea și expunerea juridică a acestora se regăsește în politicile sectoriale și orizontale prevăzute de Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (în continuare TFEU), după cum urmează: art. 173 ce vizează politica industrială, art. 101-109 ce vizează regulile de concurență și aplicarea acestora, art. 206 și 207 ce vizează politica comercială comună, art. 170-172 ce vizează rețelele transeuropene, art. 179-190 ce vizează cercetare și dezvoltarea tehnologică și spațiul, art. 114 ce vizează apropierea legislațiilor, art. 28, 30, 34 și 35 ce vizează libera circulație a mărfurilor, art. 45-66 ce vizează libera circulație a persoanelor, serviciilor și capitalurilor, art. 165 și 166 ce vizează educația, formarea profesională, tineretul și sportul și 167 ce vizează cultura⁶. Astfel, abordarea tehnologiilor în sistemul de drept este fragmentară și transversală, dar își menține un rol determinant în transformarea anumitor domenii.

² Christensson, P., *ICT Definition*. Accesat 10 Martie 2019, <https://techterms.com>.

³ Tegmark, M., *op. cit.*, p. 108.

⁴ Rennucci, J. F., *Tratat de drept european al drepturilor omului*, Trad., Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 767.

⁵ Fuerea A., *Manualul Uniunii Europene*, ed. a 6-a, rev. și adăug., Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 228.

⁶ *Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (versiune consolidată)*, Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 326/47, 26.10.2012

Un exemplu relevant al acestei abordări fragmentare și transversale este cel al Programului Comunitar Orizont 2020. Conform regulamentului de instituire a programului⁷, UE s-a angajat să îndeplinească Strategia Europa 2020, care prevede obiectivele creșterii inteligente, durabile și favorabile incluziunii, subliniază rolul cercetării și inovării drept motoare esențiale ale prosperității economice și sociale și ale durabilității mediului și stabilește obiectivul creșterii cheltuielilor cu cercetarea și dezvoltarea pentru a atrage investiții private până la două treimi din totalul investițiilor, ajungându-se astfel la un total cumulativ de 3% din produsul intern brut (PIB) până în 2020, creând totodată un indicator al volumului inovării. Bugetul general al Uniunii ar trebui să reflecte acest obiectiv ambițios realizând o schimbare în sensul finanțării investițiilor orientate spre viitor, precum cercetarea, dezvoltarea și inovarea. În acest context, inițiativa emblematică a Strategiei Europa 2020 – „O Uniune a inovării” – stabilește o abordare strategică și integrată pentru cercetare și inovare, fixând cadrul și obiectivele la care ar trebui să contribuie viitoarea finanțare a Uniunii destinată cercetării și inovării. Cercetarea și inovarea sunt, de asemenea, factori-cheie pentru alte inițiative emblematică din cadrul Strategiei Europa 2020, în special cu privire la „O Europă eficientă din punctul de vedere al utilizării resurselor”, la „O politică industrială adaptată erei globalizării” și la „O agendă digitală pentru Europa”, precum și la alte obiective politice, cum sunt politica privind clima și energia. De asemenea, în vederea realizării obiectivelor referitoare la cercetare și inovare ale Strategiei Europa 2020, politica de coeziune are un rol important de jucat prin consolidarea capacităților și asigurarea condițiilor care să permită excelența. Conform regulamentului nominalizat supra, prioritatea digitală este incorporată în mai mulți piloni ai programului, primordial fiind încadrată în pilonul infrastructurii de cercetare.

Aceiași abordare fragmentară o regăsim și la nivele naționale. După cum relevă Roxana Radu în studiul său asupra guvernantei internetului, evoluția acestuia, prezentându-se ispititor și complex, de la un experiment tehnic în comunicații până la o omniprezență înglobează tensiunile globalizării în modul cel mai concret. Guvernanța globală a internetului rămâne a fi în contradicție cu tradițiile cercetării relațiilor internaționale, nefiind acceptat pe deplin ca un domeniu nou. După cum relevă studiul, internetul se prezintă ca o imagine „bricolaj”: apar diferite forme și varietăți de guvernare, cu diverse grade de instituționalizare, la diferite etape și grade de (re)negociere, cu diferite grade de succes în adresarea preocupărilor globale⁸.

Congruent opiniei enunțate supra, soluțiile eficiente pentru pleiada de constrângeri și provocări juridice pe care l-e reprezintă astăzi tehnologia nu se regăsesc în instrumentele disponibile la nivel național sau de un singur stat. Această opinie este fundamentată și susținută de profesorul Ion Guceac, care oferă o viziune prin prisma constituționalismului contemporan. Profesorul relevă că într-adevăr, într-o lume interconectată, supusă unei schimbări continue, este absolut normal să apară probleme noi, care domină preocuparea unor societăți individuale, precum și a întregii comunități umane. În sec. al XXI-lea, probleme stringente persistă în diverse domenii: globalizarea, schimbările demografice, schimbările de mediu, necesitatea de surse energetice și securitatea. Soluționarea constituțională a acestor probleme nu se poate rezuma la un singur stat și specificul său, ea pretinde un caracter universal, precum și o colaborare vastă și o realizare cât mai eficientă a principiilor implementate⁹.

Dualitatea surselor de drept naționale și internaționale, care confruntă interacțiunea dintre drepturile omului și tehnologia este fundamentată în repertoriul legislativ român prin art. 20 al Constituției care stabilește că dispozițiile constituționale privind drepturile și libertățile cetățenilor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Declarația Universală a Drepturilor Omului, cu pactele și cu celelalte tratate la care România este parte¹⁰.

Revenind succint la dezideratul abordării legislative fragmentare a tehnologiei evidențiem că aceeași abordare se regăsește și în multitudinea instrumentelor constituționale, care emană din dualitatea menționată supra. Există două tipuri de garanții care înglobează aceste instrumente: cele de fond și cele procedurale. Aceste garanții, după cum subliniază profesorul Ion Deleanu, având menirea de a cuprinde drepturile și libertățile în instituții, nu în retorică; ca ele să fie garantate prin acțiuni practice social-economice – singurele în măsură să pună în mișcare factorii progresului¹¹.

Această corelație dintre reglementările interne și cele internaționale, după cum relevă profesorii Muraru și Tănăsescu, se prezintă astăzi ca rezultatul unei evoluții îndelungate, începută odată cu adoptarea Declarației Universale a Drepturilor Omului în anul 1948. Declarația Universală este actul de naștere a unei viziuni și a unei construcții politico-juridice noi în domeniul drepturilor, libertăților și îndatoririlor ființei umane. Valorificând tradițiile în domeniu, acest document de referință a exprimat tendința drepturilor umane de a depăși sfera și limitele strâmte ale

⁷ Regulamentul (UE) Nr. 1291/2013 al Parlamentului European și al Consiliului din 11 decembrie 2013 de instituire a Programului-cadru pentru cercetare și inovare (2014-2020) – Orizont 2020 și de abrogare a Deciziei nr. 1982/2006/CE. Jurnalul Oficial al Uniunii Europene L 347/104, 20.12.2013

⁸ Radu, R. *Negotiating Internet Governance*. Oxford University Press, 2019, p. 191.

⁹ Guceac, I. *Constituția la răscruce de milenii*, Academia de Științe a Moldovei, Tipografia Centrală, 2013, p. 193-194.

¹⁰ *Constituția României*, modificată și completată prin Legea de revizuire a Constituției României nr. 429/2003, publicată în M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003; republicată, cu reactualizarea denumirilor și dându-se textelor o nouă numerotare, în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

¹¹ Deleanu I. *Instituții și proceduri constituționale: în dreptul român și în drept comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 148.

frontierelor unui stat, ele devenind o problemă a comunității internaționale, o limbă comună a oamenilor de pretutindeni¹².

Totuși, după cum menționează Paul Craig și Grainne de Burca, statutul drepturilor omului în cadrul ordinii juridice a UE s-a schimbat dramatic de la înființarea Comunităților la începutul anilor 1950. UE a integrat treptat (*mainstreamed*) preocupările referitoare la drepturile omului în multe dintre politicile sale. Autorii menționează că cea mai importantă politică orientată spre interior de acest gen cuprinde legislația UE împotriva discriminării, iar pe un loc secund se află domeniul protecției datelor și a vieții private¹³.

Despre evoluția drepturilor omului relevă și Adrian Năstase care evidențiază că în ultimele decenii s-au cristalizat unele reguli generale de drept internațional în domeniul drepturilor omului, reguli care instituie, în esență, o obligație a statelor de a colabora pentru promovarea respectului drepturilor fundamentale ale omului, de a asigura dreptul popoarelor la autodeterminare egalitatea în drepturi a oamenilor și nediscriminarea și de a combate practicile contrare acestor obligații. Dreptul internațional al drepturilor omului este o ramură care își caută, în continuare, configurarea normativă și de sistem, dinamica sa fiind extrem de rapidă, reflectând preocupările și tendințele existente în planul relațiilor internaționale¹⁴.

Însemnătatea ocrotirii drepturilor omului în raport cu tehnologiile reprezintă un deziderat ce guvernează preambulul Cartei drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene. Astfel, se menționează că „este necesară consolidarea protecției drepturilor fundamentale, făcându-le mai vizibile prin cartă, în spiritul evoluției societății, a progresului social și a dezvoltărilor științifice și tehnologice”¹⁵.

În vederea evidențierii corelației abordate, este imperativ de a releva practicile din jurisdicția Curții Europene ale Drepturilor Omului (CEDO), care, după cum menționează profesorul Corneliu Bîrsan, este pentru prima dată în istoria instituțiilor jurisdicționale internaționale când competența de jurisdicție a unei asemenea instanțe, create printr-un tratat încheiat de state suverane, a devenit obligatorie¹⁶.

Analizând în speță contextul noilor tehnologii, accesului la informare și limitarea libertății de exprimare, Bianca Selejan-Guțan relevă că noile tehnologii și dezvoltarea lor exponențială din ultimul deceniu au adus, în acest domeniu, provocări de neimaginat la începutul aplicării Convenției europene a drepturilor omului. De aceea, rolul CEDO s-a dovedit, și în acest caz, extrem de important¹⁷.

Spre exemplu CEDO a stabilit că „internetul a devenit în prezent una din principalele mijloace prin care indivizii își exercită libertatea de a primi și de a distribui informații și idei (...). Internetul joacă un rol important în creșterea accesului publicului la știri și în facilitarea diseminării informațiilor, în general”¹⁸.

O extensie importantă și interesantă a interacțiunii dintre tehnologie și drepturile omului este adoptarea Regulamentului general privind protecția datelor sau GDPR¹⁹. Prof. Daniel-Mihail Șandru menționează că Reglementarea protecției datelor cu caracter personal prin regulament în 2016 s-a realizat în urma unor eforturi de ani de zile. Totodată, intrarea în vigoare a Regulamentului General privind Protecția Datelor a provocat pentru prima dată un interes în „masă” pentru o reglementare europeană (oarecum relativ în condițiile în care statisticile arată că foarte mulți cetățeni nu-și cunosc drepturile izvorâte din această legislație), în orice caz a devenit o „reglementare pentru orice”. Cu toate acestea, normele juridice nu sunt izolate și trebuie făcut un efort de corelare, coordonare și înțelegere a unui domeniu mai vast și mai vechi²⁰.

Premisele de evoluție a teoriei juridice create de regulamentul nominalizat supra se realizează în raport cu viața privată a persoanei. În legătură cu acest aspect trebuie să menționăm că noțiune de viață privată poartă un caracter ambiguu în sistemul normativ european. Prof. Corneliu Bîrsan, în comentariul la Convenția Europeană a Drepturilor Omului, expune că după cum a decis instanța europeană, noțiunea de viață privată este cuprinzătoare, nu se pretează la o definiție exhaustivă. Factori precum numele, identitatea, orientarea, viața sexuală sunt elemente importante ale sferei personale, protejate de articole 8. Această dispoziție protejează, de asemenea, dreptul la identitate și la dezvoltare personală, precum și dreptul oricărui individ de a lega și dezvolta relații cu membrii săi și cu lumea exterioară; ea se poate întinde asupra activităților profesionale și comerciale. Există așadar o zonă de interacțiune între individ și ceilalți membri ai societății, care, chiar într-un context public, poate ține de viață privată²¹. Astfel, în condițiile ambiguităților existente în definirea juridică a vieții private, noțiunea în cauză ar putea fi extinsă și ar include și interacțiunile din mediul tehnologic și digital.

¹² Muraru, I. Tănăsescu, E.S., *Constituția României: comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 171.

¹³ Craig, P. și De Burca, G. *Dreptul Uniunii Europene*, ed. a 6-a, rev., Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 426-427.

¹⁴ Năstase, A. *Drepturile omului – religie a sfârșitului de secol*, Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 1992, p. 40.

¹⁵ *Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*. Jurnalul Oficial al Uniunii Europene C 326/391, 26.10.2012

¹⁶ Bîrsan, C. *Convenția europeană a drepturilor omului: comentariu pe articole*, ed. a 2-a, rev., Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 1021.

¹⁷ Selejan-Guțan, B., *Protecția europeană a drepturilor omului*, ed. a 5-a, rev. și adăug., Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 224.

¹⁸ CEDO, *cauza Cengiz ș.a. c. Turciei*, 2015.

¹⁹ *Regulament Nr. 679 din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor) sau GDPR*.

²⁰ Șandru, D-M., *Protecția datelor personale: surse legislative, jurisprudențiale și soft law*, Pandectele Române nr. 2/2018, p. 80 și 90.

²¹ Bîrsan, C., *op. cit.*, p. 604.

După cum relevă Ramona Duminică, realitatea socială actuală, prin care înțelegem totalitatea fenomenelor, evenimentelor, stărilor de lucruri și problemelor curente ce apar și se dezvoltă într-o societate sau, într-o formulare sintetică, tot ceea ce se întâmplă în societate din punct de vedere economic, politic, moral, spiritual, demografic, tehnologic și juridic, se caracterizează prin transformări extrem de rapide. (...) Dreptul, ca element constitutiv și funcțional al oricărei societăți, este influențat de schimbările și transformările sociale pe care încearcă să le reglementeze prin norme juridice²².

În lumina acestui deziderat evidențiem că tehnologiile informaționale sunt percepute, în sensul larg, ca o combinație a două elemente – tehnologiile de calcul și de comunicare. Tehnologia, în acest sens, permite un acces îmbunătățit la mijloacele de producere, distribuire și utilizare a informației de diferite feluri. Astfel, este evident că tehnologia însumă un potențial pentru ascensiunea drepturilor omului, dar, concomitent aceasta poate crea anumite impedimente pentru garantarea efectivă a drepturilor omului, impedimente care se răsfrâng atât asupra persoanei, cât și colectiv.

Drept urmare, putem considera relația dintre garantarea efectivă a drepturile omului și tehnologiile informaționale drept una complexă și condiționată. Complexitatea raportului acestea se datorează noutății abordării acestui subiect. Cercetările în acest domeniu diferă sub aspectul multitudinii acestora, în acest sens nefiind conturată o viziune doctrinară bine argumentată. Bineînțeles, aceste deficiențe au un impact direct asupra sistemului juridic comunitar precum și cel de nivel național, prin adoptarea legislației de rigoare și prin racordarea la rigorile dezvoltării tehnologiilor.

Relevant este dezideratul profesorilor Sherwin, Feigenson și Spiesel, care identifică o corelație strânsă dintre tehnologii informaționale și sistemele de drept, precum și o dinamică în interacțiunea dintre acestea. Astfel, în procesul de căutare a interpretărilor legii și culturii în era digitală și vizuală de către oamenii de știință din domeniul juridic, întrebări fundamentale sunt sortite să apară despre vitalitatea continuă a principiilor democratice²³.

²² Duminică, R., *Criza legii contemporane*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 11.

²³ Sherwin R., Feigenson N. și Spiesel C., *Law in the Digital Age: How visual communication technologie are transforming the practice, theory, and teaching of law*, Boston University Journal of Science & Technology Law, Volume 12, Issue 2 – Summer, 2006.

**SECȚIUNEA DREPT INTERNAȚIONAL PUBLIC
ȘI DREPT EUROPEAN**

ASPECTE PRIVIND APLICAREA REGULAMENTULUI NR. 679 DIN 2016 PRIVIND PROTECȚIA DATELOR CU CARACTER PERSONAL ÎN ROMÂNIA*

Aspects Regarding the Application of Regulation no. 679 of 2016 on the Protection of Personal Data in Romania

Daniel-Mihail ȘANDRU*

Rezumat: Regulamentul general privind protecția datelor (GDPR) este actul normativ care a determinat publicarea de cărți și articole dar și realizarea unor evenimente științifice. Prezentul material este un state of the art în protecția datelor cu caracter personal în România, o evaluare realizată cu scopul continuării și deschiderii unor cercetări elaborate atât din perspectiva unei elaborate perspective practice dar și a implicării cercetării fundamentale. Lucrarea realizează o radiografie a principalelor aspecte care decurg din aplicarea Regulamentului nr. 2016/679/UE în România, din perspectiva practicii administrative, a jurisprudenței instanțelor de judecată și a legislației române de punere în aplicare.

Cuvinte-cheie: Regulamentul nr. 2016/679/UE; protecția datelor; cercetare fundamentală; jurisprudență; România.

Abstract: The General Data Protection Regulation (GDPR) is the normative act that determines the publication of books and articles and the realization of scientific events. The present material is a state of the art in the field of personal data protection in Romania, an evaluation conducted in order to continue and open some researches elaborated both from the perspective of their purpose and the implication of the fundamental research.

Keywords: Regulation 2016/679/EU; data protection; fundamental research; case law; Romania.

Partea I. Metodologia cercetării

Introducere

Cercetarea științifică anuală din cadrul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române este dedicată în 2019 domeniului vieții private, mai precis, sau poate în tangență cu acesta, domeniului protecției datelor cu caracter personal. Subiectul este de actualitate practică, dar și științifică, fiind în România într-un stadiu incipient, cu perspective favorabile dezvoltării. „Aspecte privind aplicarea Regulamentului nr. 679 din 2016 privind protecția datelor cu caracter personal”¹ reprezintă nu doar o activitate de conjunctură, ci și una de fundamentare teoretică, de cercetare fundamentală a domeniului protecției datelor în Uniunea Europeană și statele membre. Deschiderea menționată în temă, aceea care se referă la „aspecte” nu are darul de a promova nelămurirea ca misiune a cercetării, ci de a lăsa tema deschisă unor cercetări viitoare.² Nu vom detalia „aspectele”, menționând aici mai curând cuvintele cheie, care implică direcții de cercetare: Comisia Europeană (propunere; monitorizare aplicare), Comitetul european pentru protecția datelor (CEPD / EPBD – fostul Grup de lucru pentru art. 29) și Autoritatea Europeană pentru Protecția Datelor, autoritățile naționale de protecția datelor, în particular Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal, organisme de certificare (art. 43), operatorul și

* Prezenta comunicare va fi valorificată și prin publicarea acesteia în Revista *Studii și Cercetări Juridice*, nr. 1/2019; Trimiterile la adresele de internet au fost verificate la data de 15 februarie 2019, dată la care materialul a fost finalizat.

* *Doctor în drept, cercetător științific gr. I* – a fondat și coordonează Centrul de Studii de Drept European al Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; *Profesor universitar* la Universitatea Creștină Dimitrie Cantemir și Universitatea din București; *Judecător ad hoc* la Curtea Europeană a Drepturilor Omului și arbitru la Curtea de Arbitraj Comercial Internațional de pe lângă Camera de Comerț și Industrie a României; *Președinte* al Societății de Științe Juridice și al Asociației Române de Drept și Afaceri Europene; *Redactor șef* al Revistei române de drept european (Wolters Kluwer); Poate fi contactat la adresa mihai.sandru@csde.ro, pagina web: www.mihaisandru.ro.

¹ Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 *privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor)* a fost publicat în Jurnalul Oficial L 119, 4.5.2016, p. 1-88.

² Dintre temele anterioare care și-au păstrat actualitatea în cercetare, amintesc aici proiectul referitor la *trimiterile preliminare*, proiect care beneficiază de un site web cu toate întrebările preliminare formulate de instanțe din România, iaduer.ro și o revistă on-line – *Afaceri juridice europene*. De asemenea, proiectelor de cercetare dedicate arbitrajului internațional în contextul dreptului european, precum și libertății de stabilire a societăților în Uniunea Europeană le sunt dedicate câte un site cu ample trimiteri bibliografice: romanianarbitration.ro, respectiv pactesocietare.ro.

împuternicitul, raportul dintre aceștia³, responsabilul cu protecția datelor (DPO)⁴, persoanele vizate, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, instanțe naționale.

Metoda de cercetare

Paradigmele de cercetare utilizate vor porni de la modelul de cercetare cantitativ și modelul de cercetare calitativ. Ambele sunt aspecte ale redării realității sociale, ale implicațiilor ipotezelor de lucru, precum și elemente importante pentru determinarea „aplicării”, un termen esențial conținut de titlul proiectului. Aplicarea este pozitivistă, ceea ce determină în planurile, axiologic, ontologic și gnoseologic accentul pus pe cunoaștere, pe realitatea așa cum este ea, aplicată în practică. Practica este un element subiectiv al realității, face parte din sistemul senzorial de cunoaștere imediată a realității, iar conceptualizarea se realizează în scopul organizării cercetării și a cunoștințelor relevante. În materia protecției datelor, pot fi avute în vedere instrumente metodologice dezvoltate în dreptul concurenței (inclusiv din punct de vedere instituțional) și chiar în analiza clauzelor abuzive, domenii cu care se și intersectează⁵.

Structura cercetării

Structura cercetării este dihotomică:

I. principiile protecției datelor, din perspectiva persoanei vizate

II. aplicarea de către entități: autoritățile de protecția datelor, respectiv, operator/împuternicit. În acest studiu vom detalia doar aspecte referitoare la aplicarea în România de către autoritatea de protecția datelor precum și de instanțele judecătorești.

Pentru cercetarea aplicării noului regulament, în primul rând în România, dar și în alte state membre ale Uniunii Europene vom avea în vedere practica administrativă și jurisprudența instanțelor⁶. Acestea sunt elemente care pot forma obiectul unor cercetări cantitative, dar și posibile forme pentru constituirea unor instrumente de cercetare în sine, cum ar fi culegeri de jurisprudență și culegeri de cazuri (nu neapărat soluționate de instanțe judecătorești, ci decizii ale autorităților sau cazuri de încălcare a securității datelor cu caracter personal astfel cum acestea sunt disponibile în mediul on-line sau pe site-urile autorităților naționale⁷). Un al doilea punct se referă la autoritățile naționale de protecția datelor care joacă un rol important în aplicarea Regulamentului în fiecare stat membru al Uniunii Europene, aspect relevat de Curtea de Justiție a Uniunii Europene⁸. Uniunea Europeană, prin instituțiile sale, Comisia în primul rând, a realizat prima punere în aplicare a noilor modificări, prin instituirea unui nou regulament⁹,

³ Irina Alexe, *Relația dintre operator și persoana împuternicită, în domeniul protecției datelor personale*, Revista Pandectele Române, nr. 2/2018, p. 71-79.

⁴ Irina Alexe, *Principalele noutăți privind responsabilul cu protecția datelor, incluse în GDPR*, în Pandectele Române nr. 1/2018, p. 34-45.

⁵ A se vedea și: Inge Graef, Damian Clifford, Peggy Valcke, *Fairness and enforcement: bridging competition, data protection, and consumer law*, International Data Privacy Law, Volume 8, Issue 3, 1 August 2018, p. 200-223. Nu doar că se intersectează prin asemănarea unor instituții, dar și determină aplicarea și interpretarea reglementărilor dintr-un anumit domeniu, cum ar fi acela al dreptului concurenței: Massimiliano Kadar, Mateusz Bogdan, *'Big Data' and EU Merger Control – A Case Review*, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 8, Issue 8, 17 October 2017, Pages 479-491.

⁶ Vom porni în această analiză de la aplicarea principiilor GDPR. Pentru materiale anterioare în care am abordat aplicarea GDPR în România, a se vedea: Irina Alexe, Daniel-Mihail Șandru, *Reglementări naționale ce vizează aplicarea, în România, a Regulamentului general privind protecția datelor*, în volumul Irina Alexe, Daniel-Mihail Șandru (editori), *Legislația privind protecția datelor în România*, Ed. Rosetti International, 2018, p. 7-25 și Daniel-Mihail Șandru, Irina Alexe, *Punerea în aplicare a Regulamentului General privind Protecția Datelor 2016/679. Experiențe din România*, în volumul Daniel-Mihail Șandru, Irina Alexe (editori), *Legislația Uniunii Europene privind protecția datelor personale*, Ed. Universitară, 2018, p. 7-24.

⁷ După cum se poate observa încă aplicarea administrativă este diferită de la stat la stat, astfel că unele autorități de protecția datelor oferă mai multe opinii și ghiduri, orientări privind aplicarea noului regulament (Franța, Marea Britanie, Irlanda, Spania) iar altele sunt mai reticente în comunicarea publică. De exemplu ICO din Marea Britanie a dezbătut public și va institui un mecanism pentru punerea în aplicare a art. 25 pentru a ajuta operatorii care „elaborează, proiectează, selectează și utilizează aplicații, servicii și produse care se bazează pe prelucrarea datelor cu caracter personal sau care prelucrează date cu caracter personal” iar pentru a-și îndeplini rolul, „producătorii acestor produse și furnizorii acestor servicii și aplicații ar trebui să fie încurajați să aibă în vedere dreptul la protecția datelor la momentul elaborării și proiectării unor astfel de produse, servicii și aplicații și, ținând cont de stadiul actual al dezvoltării, să se asigure că operatorii și persoanele împuternicite de operatori sunt în măsură să își îndeplinească obligațiile referitoare la protecția datelor.” Pe larg: *ICO regulatory sandbox – discussion paper and intention to apply survey* disponibil la adresa <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/blog-ico-regulatory-sandbox/>

⁸ C-518/07, hotărârea din 9 martie 2010, *Comisia / Germania*, ECR 2010 p. I-1885, EU:C:2010:125; cauza C-288/12, *Comisia / Ungaria*, hotărârea din 8 aprilie 2014, EU:C:2014:237 precum și analiza efectuată în Daniel-Mihail Șandru, *Regimul juridic al protecției datelor cu caracter personal este în proces de regândire*, în Revista română de dreptul afacerilor nr. 3/2015, p. 40-45 articol disponibil în SSRN <https://ssrn.com/abstract=2884478>; pentru discuția referitoare la distincția viață privată – dreptul la protecția datelor ca drept autonom reglementat în carte Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, a se vedea, pe larg: Adriana Maria Șandru, *Privire critică asupra jurisprudenței Curții de Justiție a UE referitoare la interpretarea art. 8 privind protecția datelor cu caracter personal din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene (CDFUE)*, în Pandectele Române nr. 1/2018, p. 26-33.

⁹ Irina Alexe, Constantin-Mihai Banu, *De la directivă la regulament în reglementarea protecției datelor cu caracter personal la nivelul Uniunii Europene*, în volumul Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru (coordonatori), *Protecția datelor cu caracter personal. Impactul protecției datelor personale asupra mediului de afaceri. Evaluări ale experiențelor românești și noile provocări ale Regulamentului (UE) 2016/679*, Ed. Universitară, 2017, p. 14-40.

nou atât în forma legislativă, și nou în multe aspecte concrete de aplicare¹⁰. Într-un studiu dedicat reglementării anterioare regulamentului, Directiva 95/46, am analizat peste 200 de hotărâri judecătorești din România,¹¹ așadar protecția datelor cu caracter personal nu este un subiect nou din perspectiva jurisprudenței interne. Norma juridică nu este cu totul nouă, iar exercițiul autorității naționale române este semnificativ, astfel relevat prin rapoartele anuale și hotărârile judecătorești rămase definitive în favoarea sa.¹² În al treilea rând, trebuie observate dezvoltările realizate la nivelul organizațiilor cărora regulamentul se aplică – operatori și împuterniciți – din perspectiva desemnării DPO (responsabilului cu protecția datelor), evidențele activității de prelucrare, evaluarea impactului asupra protecției datelor precum și realizarea unor coduri de conduită.

Scopul și întrebările cercetării

Pornind de la premisa că o întrebare reprezintă o cercetare a mai multor ipoteze, suntem în situația de a formula unele întrebări privind aplicarea Regulamentului general privind protecția datelor în România. Întrebarea fundamentală, care este de altfel, un factor de stres pentru actorii implicați este chiar aceasta: cum se va aplica regulamentul în România. Nu este nici vreo metaforă, și nici o metodă nouă de a termina o cercetare înainte de a o începe. Dar pentru a putea răspunde acestei întrebări trebuie să observăm mai întâi următoarele aspecte:

- ce sunt datele cu caracter personal și care sunt situațiile în care nu se aplică GDPR;
- care este rolul principiilor protecției datelor cu caracter personal;
- cum va putea fi creată o masă critică de buni cunoscători ai domeniului, în special persoane desemnate/ numite în funcția de responsabil cu protecția datelor;
- care sunt temele fundamentale în abordările teoretice și practice privind comportamentul actorilor esențiali implicați: autoritate, operator, persoană vizată;
- care sunt temeiurile juridice și operaționale pentru o abordare pozitivistă serioasă împotriva încălcărilor protecției datelor de „micii” operatori, în special întreprinderile mici și mijlocii;
- care sunt aspectele pe care instituțiile publice trebuie să le ia în considerare, fie proactiv, fie reactiv;
- de ce, deși activitatea autorităților de protecția datelor se aseamănă, uneori până la detaliu, cu acțiunile și activitățile autorităților de concurență, nu există aceeași modalitate de abordare a subiectelor – cel puțin în România;
- care sunt riscurile semnificative pe care operatorii trebuie să le cunoască, să le depășească ori să le diminueze în aplicarea regulamentului;
- care sunt modalitățile de a face cunoscut regulamentul în privința elementelor esențiale, nu doar a părților juridic emotive (sanctiunile mari);
- care sunt avantajele și dezavantajele protecției datelor cu caracter personal;
- analiza comparativă a deciziilor autorităților naționale de protecția datelor¹³;
- analiza comparativă a hotărârilor instanțelor naționale;
- rolul și forța juridică a orientărilor și ghidurilor Comitetului european pentru protecția datelor¹⁴.

Stadiul cercetării

Protecția datelor cu caracter personal este un domeniu activ în România de ani buni, fie în cercetarea fundamentală, fie prin acțiuni concrete ale unor instituții¹⁵ sau organizații non-profit¹⁶. Rolul organizațiilor non-profit, mai ales acelora dedicate activității responsabilului cu protecția datelor vor crește. Pe lângă rolul de activism în

¹⁰ Daniel-Mihail Șandru, *La vremuri noi, principii vechi. Observații critice privind două expresii nou introduse în art. 5 al Regulamentului General privind Protecția Datelor*, în RRDA nr. 1/2018.

¹¹ Daniel-Mihail Șandru, Dragoș-Alin Călin, Constantin-Mihai Banu, *Aplicarea și interpretarea Directivei 95/46 de către instanțe române. Tipologii și consecințe juridice* în Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru (editori), *Protecția datelor cu caracter personal. Impactul protecției datelor personale asupra mediului de afaceri. Evaluări ale experiențelor românești și noile provocări ale Regulamentului (UE) 2016/679*, Ed. Universitară, 2017, p. 41-76.

¹² Pentru o comunicare recentă în acest sens, a se vedea: „Hotărâri definitive de menținere a sancțiunilor aplicate de Autoritatea de supraveghere”, comunicat disponibil la adresa https://www.dataprotection.ro/?page=Hotarari_definitive_de_mentinere_a_sanctiunilor_aplicate_de_Autoritatea_de_supraveghere&lang=ro

¹³ Aceleași diferențe pe care le observăm în privința implicării autorităților naționale, pot fi observate în privința publicării deciziilor acestora, decizii de punere în aplicare a actului normativ european, de sancționare a comportamentelor prin care se încalcă GDPR, unde anumite state publică deciziile: Austria (pentru o sinteză, a se vedea Gernot Fritz, *Decisions, decisions, decisions: The Austrian Data Protection Authority maintains a good pace in interpreting the GDPR*, 13.12.2018, disponibil la adresa <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=f2b36cd4-8ce5-4fdf-9b74-b7102f2bbb6c>) sau Franța (decizii de sancționare disponibile la adresa <https://www.cnil.fr/fr/tag/sanctions> și <https://www.cnil.fr/fr/deliberations>) iar altele nu.

¹⁴ A se vedea, Daniel-Mihail Șandru, *Protecția datelor personale: surse legislative, jurisprudențiale și soft law*, în Pandectele române nr. 2/2018, p. 80-90.

¹⁵ În acest sens, se poate aminti rolul autorității naționale care an de an a organizat un eveniment dedicat protecției datelor, eveniment care a prins interes către public recent, după intrarea în vigoare a Regulamentului. De asemenea, în cadrul unor universități s-au constituit centre ce cercetare, cum ar fi Centrul pentru Protecția Datelor din cadrul Universității de Medicină, Farmacie, Științe și Tehnologie din Târgu Mureș.

¹⁶ Avem în vedere Societatea de Științe Juridice (SSJ), prin conferințele organizate de juridice.ro, Asociația pentru Tehnologie și Internet – APTI (apti.ro) și Asociația Română de Drept și Afaceri Europene (ardae.ro).

domeniu, acestea vor avea și datoria să realizeze și studii de impact, cercetări de bază privind aplicarea Regulamentului. Am început cu acest cadru, instituțional, întrucât, indiferent cât de mari vor fi eforturile individuale, totuși, cercetările organizate sunt cheia dezvoltării domeniului. Am observat în seminariile și cursurile practice la care am participat în calitate de lector / conferențiar o falie între cunoașterea științifică provenită din cercetările fundamentale și interesul cursanților mai degrabă pentru „cum să”, respectiv cum să funcționeze un mecanism, cum să arate un formular, și lipsa de interes pentru „de ce” să fie inclusă în formular solicitarea de a furniza anumite date, de exemplu¹⁷. Cursurile practice au proliferat în România până la limita asemănării acestora cu mai vechile cursuri pentru mediatori, cu lectori având experiențe și cunoștințe diferite. Însuși standardul ocupațional al responsabilului cu protecția datelor cuprinde elemente care ar trebui studiate cu atenție, din perspectiva finalității, de exemplu, principiul obiectivității. Conferințele, fie științifice, fie afișând un pragmatism necesar actualei dezvoltări a domeniului, sunt elemente de cercetare, însă puține din acestea s-au finalizat cu publicarea articolelor în volume¹⁸ sau ca dosare consistente în cadrul unor reviste de specialitate¹⁹.

Dintre materiale publicate până acum avem în vedere culegeri de legislație, instrumente fundamentale pentru cunoașterea domeniului²⁰. Culegerile de jurisprudență sunt de asemenea de impact²¹ și probabil se vor dezvolta pe domenii distincte ale GDPR (drepturile persoanelor vizate, sancțiuni etc.). Până în prezent acestui subiect i-au fost dedicate trei teze de doctorat, două dintre ele fiind publicate, de Simona Șandru și de Gabriela Zanfir²².

Partea a II-a. Impactul legislativ în România

Sub aspect legislativ, Regulamentul a intrat vigoare la 25 mai 2018. În aplicarea regulamentului legile s-au modificat în directă legătură s-au modificat²³:

- Legea nr. 102 din 3 mai 2005 privind înființarea, organizarea și funcționarea Autorității Naționale de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (republicată ca urmare a adoptării Legii nr. 129/2018)²⁴.

- Legea nr. 190 din 18 iulie 2018 privind măsuri de punere în aplicare a Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor)²⁵.

De asemenea, în completare cadrului general de reglementare al protecției datelor, în 2018 au fost adoptate mai multe legi:

- Legea nr. 284 din 26 noiembrie 2018 privind utilizarea datelor din registrul cu numele pasagerilor din transportul aerian pentru prevenirea, depistarea, investigarea și urmărirea penală a infracțiunilor de terorism și a infracțiunilor grave, precum și pentru prevenirea și înlăturarea amenințărilor la adresa securității naționale²⁶.

¹⁷ În acest sens au fost publicate lucrări utile: Nicolae-Dragoș Ploșteanu (coord.), Laurențiu Bucur, Dumitru Cazac, Carina Patricia Csiszar, Augustin Vasile Farcaș, Darius Farcaș, Laurențiu Ricu, Cristina-Maria Sângeorzan, Hilda Monica Șumălan, Cornelia Șuș, *Ghid practic pentru conformare cu Regulamentul General privind Protecția Datelor. Instrument de audit*, Ed. Universul Juridic, București, 2019.

¹⁸ Primul volum dedicat Regulamentului general privind protecția datelor în România Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru (editori), *Protecția datelor cu caracter personal. Impactul protecției datelor personale asupra mediului de afaceri. Evaluări ale experiențelor românești și noile provocări ale Regulamentului (UE) 679/2016*, Ed. Universitară, 2017 cu multe cercetări de impact și actuale și astăzi, volum publicat ca urmare a desfășurării conferinței *Conferința națională Impactul protecției datelor personale asupra mediului de afaceri. Evaluări ale experiențelor românești și noile provocări ale Regulamentului (UE) 2016/679*, organizată de Universitatea Petru-Maior, Târgu-Mureș, 17-18 martie 2017; de asemenea, Andrei Săvescu (ed.), *Regulamentul general privind protecția datelor cu caracter personal. Comentarii și explicații*, Ed. Hamangiu, 2018, volum publicat ca urmare a conferinței organizate de Societatea de Științe Juridice.

¹⁹ Pandectele române a publicat, în nr. 1/2018, lucrări din cadrul Conferinței naționale *Comunități virtuale în epoca Regulamentului General privind Protecția Datelor*, organizată de Universitatea Danubius. Din 2018 s-a adăugat peisajului publicistic o revistă realizată pentru practicienii domeniului – *Revista română de protecția datelor*.

²⁰ Irina Alexe, Daniel-Mihail Șandru (editori), *Legislația privind protecția datelor în România*, Ed. Rosetti International, 2018, ISBN 978-606-8794-90-7, 216 p.; Daniel-Mihail Șandru, Irina Alexe (editori), *Legislația Uniunii Europene privind protecția datelor personale*, Ed. Universitară, 2018, 600 p. Cu privire la activitatea în domeniul protecției datelor a se vedea <http://iaduer.ro/?p=5699> (Daniel-Mihail Șandru), <http://iaduer.ro/?p=6074> (Irina Alexe), <http://iaduer.ro/?p=6512> (Silviu-Dorin Șchiopu), Călina Jugastru (<http://iaduer.ro/?p=6979>) dar și site-urile elaborate de Andrei Săvescu dataprotectionromania.ro și dataprotectionexperts.ro, respectiv juridice.ro pentru informarea permanentă.

²¹ Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Vlad Lăcătușu, Darius Farcaș, *Protecția datelor cu caracter personal și viața privată – jurisprudența CEDO și CJUE*, Ed. Universul Juridic, București, 2018.

²² Simona Șandru, *Protecția datelor personale și viața privată*, Ed. Hamangiu, 2016; Gabriela Zanfir, *Protecția datelor personale. Drepturile persoanei vizate*, Ed. C. H. Beck, 2015. Cu caracter general, cercetările realizate de Mihaela Vrabie (*Protecția judiciară a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, 2017) și Mihaela Mazilu-Babel (*Protecția jurisdicțională a drepturilor fundamentale la nivel național*, 2015, disponibilă aici <https://www.juridice.ro/455491/text-integral-teza-de-doctorat-protectia-jurisdictionala-a-drepturilor-fundamentale-la-nivel-national.html>), respectiv ale lui Dan Cimpoeu (*Dreptul internetului*, ed. a II-a, 2013, Ed. C.H. Beck). A treia teză de doctorat a fost realizată de Andra Giurgiu, *Protecția datelor cu caracter personal din perspectiva dreptului european*, susținută în 2013.

²³ Pe larg, Irina Alexe, Daniel-Mihail Șandru, Reglementări naționale ce vizează aplicarea, în România, a Regulamentului general privind protecția datelor, în Irina Alexe, Daniel-Mihail Șandru (editori), *Legislația privind protecția datelor în România*, Ed. Rosetti International, 2018, p. 7-25.

²⁴ M. Of. nr. 947/9 noiembrie 2018.

²⁵ M. Of. nr. 651/26 iulie 2018.

²⁶ M. Of. nr. 1013/29 noiembrie 2018.

– Legea nr. 363 din 28 decembrie 2018 privind protecția persoanelor fizice referitor la prelucrarea datelor cu caracter personal de către autoritățile competente în scopul prevenirii, descoperirii, cercetării, urmăririi penale și combaterii infracțiunilor sau al executării pedepselor, măsurilor educative și de siguranță, precum și privind libera circulație a acestor date²⁷.

– Legea nr. 362 din 28 decembrie 2018 privind asigurarea unui nivel comun ridicat de securitate a rețelelor și sistemelor informatice²⁸.

Partea a III-a. Practici administrative

În primul rând avem în vedere practica autorității naționale, Autoritatea Națională de Supraveghere a Prelucrării Datelor cu Caracter Personal (ANSPDCP). În primul rând, așa cum am arătat, autoritatea publică doar deciziile cu caracter normativ, iar nu și deciziile individuale (de sancționare sau mai bine spus de aplicare a Regulamentului). Publicarea acestora din urmă ar putea fi un indicator de realizare a obligațiilor prevăzute în Regulament pentru ceilalți operatori. Până în acest moment cele mai importante sunt decizii ale autorității sunt:

Din comunicările²⁹ autorității putem extrage unele direcții de acțiune ale acesteia:

- comunicări referitoare la intrarea în vigoare, respectiv aplicarea unor sancțiuni³⁰;
- informări privind activitatea în cadrul Comitetului European pentru Protecția Datelor;
- comunicate care au surprins activitatea autorității privind una dintre sesizări (în cauza Rise Project) care a ajuns de notorietate europeană fiind discutată și în cadrul conferințelor internaționale din străinătate³¹;

Statisticile ne arată că drepturile persoanelor vizate nu sunt încă utilizate la adevăratul potențial. Astfel, anul 2018 au fost efectuate 725 de investigații, iar cuantumul total al sancțiunilor contravenționale cu amenda aplicate a fost de 631500 lei. S-au primit 5020 de plângeri și sesizări dintre care 3064 după data aplicării GDPR (25 mai 2018)³². După 25 mai 2018, operatorii au notificat ANSPDCP în 309 situații încălcarea securității datelor³³. Spre deosebire de aceste date, la nivel european infograficul arată o creștere exponențială³⁴: 95180 plângeri și sesizări; 41.502 notificări ale încălcărilor; 255 investigații cu caracter transnațional. Dintre sancțiunile aplicate de către autoritățile naționale, amenda de 50 de milioane de euro care sancționează comportamentul *Google* de către CNIL este cea mai importantă³⁵.

Cele mai importante decizii ale autorității române sunt:

– Decizia nr. 128 din 22 iunie 2018 privind aprobarea formularului tipizat al notificării de încălcare a securității datelor cu caracter personal în conformitate cu Regulamentul (UE) 2016/679 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor)³⁶;

– Decizia nr. 133 din 3 iulie 2018 privind aprobarea Procedurii de primire și soluționare a plângerilor³⁷;

– Decizia nr. 161 din 9 octombrie 2018 privind aprobarea Procedurii de efectuare a investigațiilor³⁸;

²⁷ M. Of. nr. 13/7 ianuarie 2019.

²⁸ M. Of. nr. 21/9 ianuarie 2019.

²⁹ <https://www.dataprotection.ro/?page=allnews>.

³⁰ Eliminarea obligației operatorilor de a notifica prelucrările de date efectuate, 17.05.2019 (https://www.dataprotection.ro/?page=Eliminarea_obligatiei_operatorilor_de_a_notifica_prelucrarile_de_date&lang=ro); Actualizare pagină Întrebări Frecvente, 02.10.2018 (https://www.dataprotection.ro/?page=Comunicat_modificare_pagina_intrebari_si_raspunsuri&lang=ro); Hotărâri definitive de menținere a sancțiunilor aplicate de Autoritatea de supraveghere, 10.12.2018 (https://www.dataprotection.ro/?page=Hotarari_definitive_de_mentinere_a_sanctiunilor_aplicate_de_Autoritatea_de_supraveghere&lang=ro); Obiectivele Regulamentului General privind Protecția Datelor, 09.02.2018 (https://www.dataprotection.ro/?page=Obiective_RPGD&lang=ro), în care s-a subliniat că „Autoritatea de Supraveghere se delimitează și respinge publicitatea agresivă a unor terțe părți în încercarea de monetizare a prevederilor Regulamentului General privind Protecția Datelor, prin mediatizarea „perspectivei de a se aplica amenda maximă de 4% din cifra de afaceri” și acreditarea ideii false că aplicarea amenințării maxime ar fi principalul obiectiv al Regulamentului.”

³¹ Precizări suplimentare privind cazul Rise Project, 13.11.2018, (https://www.dataprotection.ro/?page=Precizari_suplimentare_privind_cazul_Rise_Project&lang=ro); Clarificări referitoare la sesizarea primită de ANSPDCP în cazul Rise Project, 09.11.2018 ()

³² Numărul de plângeri din ultimii ani: 2017: 3543 plângeri; 2016: 2202 plângeri; 2015: 1249 plângeri.

³³ Nu sunt disponibile decizii referitoare la soluționarea acestor notificări. Sunt disponibile pe unele site-uri ale operatorilor informări privind încălcarea securității datelor. A se vedea: Comunicat – incident de securitate vizând prelucrarea datelor cu caracter personal, disponibil la http://www.piraeusbank.ro/Noutati/433/Comunicat_%E2%80%93incident_de_securitate_vizand_prelucrarea_datelor_cu_caracter_personal.html; sau Comunicat privind un incident de securitate a protecției datelor cu caracter personal, 15.01.2019 disponibil la adresa <https://www.rompetrol.ro/companie/presa/articol/comunicat-privind-un-incident-de-securitate-a-protectiei-datelor-cu-caracter-personal-id-267-c-msid-108> A se vedea, de asemenea, Adrian Vasilache, Aplicarea Regulamentului UE privind protecția datelor: BCR, ING și Alpha Bank sunt primele bănci care au notificat incidente de încălcare a securității datelor cu caracter personal, HotNews.ro, 5 iulie 2018.

³⁴ https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/190125_gdpr_infographics_v4.pdf

³⁵ Textul deciziei de sancționare este disponibil la adresa *La formation restreinte de la CNIL prononce une sanction de 50 millions d'euros à l'encontre de la société GOOGLE LLC*, 21.01.2019, <https://www.cnil.fr/fr/la-formation-restreinte-de-la-cnil-prononce-une-sanction-de-50-millions-deuros-lencontre-de-la>

³⁶ M. Of. nr. 557/3 iulie 2018.

³⁷ M. Of. nr. 600/13 iulie 2018.

³⁸ M. Of. nr. 892/23 octombrie 2018.

- Decizia nr. 174 din 18 octombrie 2018 privind lista operațiunilor pentru care este obligatorie realizarea evaluării impactului asupra protecției datelor cu caracter personal³⁹;
- Decizia nr. 99/2018 privind încetarea aplicabilității unor acte normative cu caracter administrativ emise în aplicarea Legii nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date⁴⁰.

Partea a IV-a. Jurisprudență relevantă

I. Interpretarea și aplicarea GDPR de instanțele române

I.1. Aplicarea legii în timp

Cu privire la aplicarea noii reglementări, desigur nu sunt îndoieli că aceasta se aplică din 25 mai 2019. Cu toate acestea putem întâlni următoarele tipologii, pe care le-am analizat în detaliu în două articole publicate:

1. GDPR este invocat pentru autoritate sau comparație, dar a fost invocat și aplicat; în cauza „RL”, privind dreptul la ștergere, GDPR a produs efecte juridice⁴¹; respectiv a fost aplicat anterior datei de 25 mai 2018 (aplicarea jurisprudenței Curții de Justiție ar fi dus la același rezultat pe fond⁴²).

Cu privire la aplicarea pentru încălcări care au avut loc în ambele regimuri juridice, s-a arătat „cu titlu prealabil, având în vedere prevederile art. 6 alin. (1), (2) și (5) C. civ. și având în vedere că prelucrarea datelor cu caracter personal a avut loc atât înainte cât și după data de 25.05.2018, data intrării în vigoare a Regulamentului (UE) 2016/679, pentru perioada anterioară datei de 25.05.2018 este aplicabilă Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, iar pentru perioada ulterioară acestei date este aplicabil Regulamentul nr. 679/2016 privind protecția persoanelor fizice în ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal și privind libera circulație a acestor date (Regulamentul general privind protecția datelor)⁴³”. Trebuie subliniat că este puțin probabil ca ambele reglementări, respectiv Regulamentul 2016/679 și Legea nr. 677/2001 să fie în același timp în vigoare. Probabilitatea redusă se referă la perioada 25 mai 2018 – 24 iunie 2018, data de la care Legea nr. 677/2001 a fost abrogată.⁴⁴ În același timp, dar cu prioritate, așa cum se numește și principiul aplicabil, se pune problema aplicării art. 288 TFUE care consacră efectul obligatoriu al regulamentului, așadar reglementarea românească trebuie înlăturată de la aplicare în măsura în care ar contravine dispozițiilor regulamentului.

I.2. Principiile GDPR

Legalitatea prelucrării datelor este unul dintre principiile cele mai invocate de petenți, mai ales în raport de aplicarea dispozițiilor privind consimțământul. Din analiza jurisprudenței reiese că instanțele încă nu aprofundează temeiul prelucrării, mai ales dispozițiile art. 7 din Regulamentul general privind protecția datelor și dar nici considerentul 4⁴⁵.

³⁹ M. Of. nr. 919/31 octombrie 2018.

⁴⁰ M. Of. nr. 432/22 mai 2018.

⁴¹ „Punând în balanță dreptul la viața privată și la protecția datelor reclamantului și dreptul la libertatea de exprimare, în speță, libertatea presei, instanța consideră că primează primul drept la care s-a făcut referire. Astfel, având în vedere că articolul publicat la data de 27.09.2006, în care se face referire la numele reclamantului, nu mai este de actualitate și nici nu prezintă informații care să fi fost de interes național și care să fi prezentat o problemă îndelung mediatizată la acea dată, instanța consideră că nu se mai impune menținerea acestuia pe pagina de internet a publicației «România Liberă». Menținerea în continuare a articolului în spațiul on-line ar reprezenta o ingerință în dreptul reclamantului la protecția datelor ce nu mai este proporțională cu scopul urmărit.

Mai mult, instanța va avea în vedere și faptul că pârâta a achiesat pretențiilor reclamantului, recunoscând că respectivul articol prezintă informații care, cu trecerea timpului (peste 10 ani) au dobândit caracter nesemnificativ.

Pentru toate aceste considerente, instanța urmează să admită cererea de chemare în judecată formulată de reclamant [...] în contradictoriu cu pârâta și va obliga pârâta [...] să șteargă datele cu caracter personal care îl privesc pe reclamant și care au fost prelucrate de aceasta prin intermediul paginii de internet a publicației «România Liberă», în cadrul articolului publicat la data de 27.09.2006”. Jud. Sect. 3 București, sentința civilă nr. 3731/2017, nepublicată, disponibilă în *rolii.ro*. Cu detalii: Daniel-Mihail Șandru, *Principiile protecției datelor – de la teorie la practică*, Curierul judiciar, nr. 6/2018, p. 364-365.

⁴² Doar că soluția pe fond nu este corectă, întrucât dreptul la ștergere nu înseamnă ștergerea unui articol dintr-un ziar, ci dezindexarea din motoarele de căutare.

⁴³ Judecătoria Sectorului 3 București, Sentința civilă nr. 14916/ 20.12.2018, disponibilă în <http://rolii.ro/hotarari/5c5a4c09e490090c21000036>; de asemenea, Judecătoria Sectorului 3 București, Sentința civilă nr. 306/2019 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c5e3f42e49009381700003d>

⁴⁴ Legea nr. 128/2018, care a intrat în vigoare la 24 iunie 2018, fiind publicată în M. Of. nr. 503 din 19 iunie 2018 dispune în art. V că „La data de 25 mai 2018 se abrogă Legea nr. 677/2001 pentru protecția persoanelor cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal și libera circulație a acestor date, publicată în M. Of. nr. 790 din 12 decembrie 2001, cu modificările și completările ulterioare.” A se vedea: Irina Alexe, *25 mai 2018: data de la care trebuie aplicat Regulamentul general privind protecția datelor. România este pregătită?*, Juridice.ro, 25 mai 2018, <https://www.juridice.ro/583049/25-mai-2018-data-de-la-care-trebuie-aplicat-regulamentul-general-privind-protectia-datelor-romania-este-pregati-ta.html>.

⁴⁵ „În conformitate cu Directiva 93/13/CEE a Consiliului, ar trebui furnizată o declarație de consimțământ formulată în prealabil de către operator, într-o formă inteligibilă și ușor accesibilă, utilizând un limbaj clar și simplu, iar această declarație nu ar trebui să conțină clauze abuzive.” (consid. 42).

Într-o cauză, instanța națională analizează în detaliu viciile de consimțământ din perspectiva dreptului civil, făcând trimitere și la clauzele abuzive, însă doar pentru a delimita obiectul contractului; aceasta analiză este insuficientă pentru determinarea respectării condițiilor consimțământului în temeiul GDPR⁴⁶. „Instanța reține că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute de lege [pentru invocarea erorii ca viciu de consimțământ], întrucât acordul reclamantului cu privire la transmiterea, prelucrarea și consultarea informațiilor la Biroul de Credit nu constituie obiectul principal al contractului, acesta reprezentându-l suma de bani împrumutată, clauza în discuție având un caracter accesoriu în raport cu cele care definesc esența însăși a raportului contractual și nu poate fi circumscrisă noțiunii „obiectul principal al contractului”. În acest sens s-a pronunțat și CJUE „în ceea ce privește categoria clauzelor contractuale care se circumscriu noțiunii „obiectul principal al contractului”, în sensul articolului 4 alineatul (2) din Directiva 93/13, Curtea a considerat că aceste clauze trebuie înțelese ca fiind cele care stabilesc prestațiile esențiale ale acestui contract și care, ca atare, îl caracterizează. În schimb, clauzele care au un caracter accesoriu în raport cu cele care definesc esența însăși a raportului contractual nu pot fi circumscrise noțiunii „obiectul principal al contractului”, în sensul acestei dispoziții (Hotărârea din 20 septembrie 2017, *Andriuc și alții*, C-186/16, punctul 35, punctul 36)⁴⁷”. După ce citează art. 6 GDPR, instanța conchide: „or, în cauză, reclamantul și-a dat consimțământul, iar prelucrarea a fost necesară pentru executarea unui contract în care acesta a fost parte”. Dacă nu și-ar fi dat consimțământul, s-ar mai fi încheiat contractul (alin. 4 privind condiționarea)? Persoana vizată poate să-și retragă în orice moment consimțământul (alin. 3 privind retragerea consimțământului)? Consimțământul în această ipostază este o pistă falsă în analiză întrucât consimțământul este pentru contract, iar persoana vizată este informată de transferul datelor⁴⁸.

I.3. Obligația de informare în cazul datelor negative transmise Biroului de Credite.

Foarte multe litigii se referă la datele negative transmise Biroului de Credite⁴⁹ fie litigii privind diferite drepturi pe care le invocă petenții (dreptul la opoziție, dreptul de acces, dreptul la ștergere) fie în legătură cu dreptul de informare, litigii care se poartă în majoritatea situațiilor cu autoritatea de protecția datelor. Într-o soluție a Tribunalului București, într-un litigiu care opunea operatorul (banca) autorității de protecția datelor s-a arătat că banca și-a îndeplinit obligația de informare⁵⁰. Într-un alt litigiu, instanța de fond a respins cererea întrucât nu au fost introduse în cauză băncile participante. Instanța a apreciat asupra necesității introducerii în cauză a terțului [a băncii], având în vedere că motivele de fapt invocate de reclamantă în cuprinsul cererii de chemare în judecată privesc și perioada anterioară intrării în vigoare a GDPR, când intervențiile asupra datelor primite de la participanți se puteau realiza exclusiv în condițiile art. 4 din Decizia 105/2007, adică la cererea participantului, cu acordul participantului sau la cererea ANSPDCP⁵¹. Într-o altă cauză s-a solicitat aplicarea art. 17 GDPR, respectiv a dreptului la ștergere, a datelor cu caracter personal furnizate într-un contract de împrumut, date care au fost transmise Biroului de Credite. Instanța a respins cererea în principal pentru că momentul încheierii contractului a fost anterior intrării în vigoare a GDPR, fiind considerat „neaplicabil în cauză”.⁵² Ne mai reține atenția în această hotărâre analiza viciilor de consimțământ prin raportare la obligația de informare dar mai ales profilarea realizată printr-un program „FICO Score” despre care instanța precizează că „Acest scor este de natură a oferi o imagine reală asupra bonității persoanei care solicită acordarea unui credit, având în vedere că, la calcularea sa, se țin seama de următoarele elemente: istoricul de plată, datoria curentă, durata contului/conturilor de credit (numărul mediu de luni de la acordarea creditelor), cererea de noi credite (numărul de interogări și creditele acordate în ultimele 6 luni), mixul de credit (tipuri de credite acordate)”. Instanța consideră că profilarea este unul și același lucru cu informațiile despre client introduse în acest program

⁴⁶ Judecătoria Arad, Sentința Civilă nr. 4841/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c0c8282e49009ac0d00005b>.

⁴⁷ Pe larg, despre impactul protecției datelor în protecția datelor, Daniel-Mihail Șandru, *Elemente privind reglementarea consimțământului în prelucrarea datelor cu caracter personal, potrivit art. 6 din Regulamentul 2016/679*, Revista română de dreptul afacerilor, nr. 5/2017, p. 133.

⁴⁸ A se vedea și: Grupul de Lucru „Articolul 29” pentru protecția datelor, *Avizul 15/2011 privind definiția consimțământului*, 01197/11/RO, WP187, adoptat la 13 iulie 2011 care se referă la directivă dar este în acest segment pe deplin aplicabil și regimului protecției datelor reglementat de regulament: „Consimțământul este, de asemenea, o noțiune utilizată în alte ramuri ale dreptului, în special în dreptul contractelor. În acest context, pentru a garanta valabilitatea unui contract, se va ține seama de alte criterii decât cele menționate în directivă, cum ar fi vârsta, influența necuvenită etc. Nu există contradicții, ci suprapunere, între domeniile de aplicare a dreptului civil și a directivei: directiva nu se referă la condițiile generale de valabilitate a consimțământului într-un context de drept civil, însă nu le exclude. Aceasta înseamnă, de exemplu, că, pentru a evalua valabilitatea unui contract în contextul articolului 7 litera (b) din directivă, trebuie să se ia în considerare dispozițiile dreptului civil. Pe lângă aplicarea condițiilor generale pentru valabilitatea consimțământului conform dreptului civil, consimțământul necesar conform articolului 7 litera (a) trebuie să fie interpretat, de asemenea, ținând seama de articolul 2 litera (h) din directivă.”.

⁴⁹ Silviu-Dorin Șchiopu, *Obligația de informare în cazul datelor negative transmise Biroului de credit*, Universul Juridic, nr. 2/2018, p. 61-71, disponibil la adresa <http://revista.universuljuridic.ro/obligatia-de-informare-cazul-datelor-negative-transmise-biroului-de-credit/>

⁵⁰ Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, Sentința nr. 1100/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5abaf4be490095c0e00013d> Pe larg, cu privire la modalitatea de citare din această hotărâre și utilizarea raționamentelor, a se vedea: Daniel-Mihail Șandru, *Principiile protecției datelor – de la teorie la practică*, în Curierul Judiciar nr. 6/2018, p. 364-366.

⁵¹ Judecătoria Sectorului 3 București, Sentința civilă nr. 12794/ 22.11.2018 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c3e9be0e49009301b00005a>.

⁵² Judecătoria Timișoara, Secția I Civilă, Sentința civilă nr. 1341/2019, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c5b9e64e49009d41e000029>.

întrucât „în sine, Scorul FICO nu este altceva decât o cifră, singurele informații care pot fi calificate ca fiind date cu caracter personal fiind doar cele care au stat la baza obținerii lui”. Mai mult se consideră că Scorul FICO nu este o dată cu caracter personal: „Instanța reține că cifra care reprezintă Scorul FICO nu este aptă a conduce la identificarea unei anumite persoane, ci, trebuie întotdeauna corelată cu alte informații legate de persoana în cauză”. Problematika profilării ar fi trebuit analizată cu atenție în ceea ce privește scopul prelucrării, care ar putea fi altul decât acela al furnizării informațiilor pentru încheierea unui contract de credit⁵³.

Într-un alt dosar, a cărui hotărâre a rămas definitivă autoritatea de protecția datelor a avut câștig de cauză, fiind respinsă acțiunea de anulare a procesului verbal de sancționare a unei bănci, într-o acțiune ce privea lipsa de informare a persoanei vizate în privința transmiterii datelor acesteia către Biroul de Credit.⁵⁴ Instanța a subliniat exact această diferență – informație – profilare, aplicând de altfel Regulamentul pentru fapte anterioare intrării acestuia în vigoare:

„În acest sens au fost respectate și dispozițiile art. 39 al Regulamentului general privind protecția datelor [13] care prevede că orice prelucrare de date cu caracter personal ar trebui să fie legală și echitabilă. Astfel, ar trebui să fie transparent pentru debitorii persoane fizice în ce măsură datele cu caracter personal sunt sau vor fi prelucrate. Principiul transparenței se referă în special la informarea persoanelor vizate privind identitatea operatorului și scopurile prelucrării, precum și la oferirea de informații suplimentare, pentru a asigura o prelucrare echitabilă și transparentă în ceea ce privește persoanele fizice vizate și dreptul acestora de a li se confirma și comunica datele cu caracter personal care le privesc și care sunt prelucrate. Regulamentul (UE) 2016/679 precizează că luarea de decizii pe baza unei astfel de prelucrări, inclusiv crearea de profiluri a debitorilor persoane fizice, ar trebui permisă în cazul în care este autorizată în mod expres în dreptul Uniunii sau în dreptul intern care se aplică operatorului, inclusiv în scopul monitorizării și prevenirii fraudei și a evaziunii fiscale, desfășurate în conformitate cu reglementările, standardele și recomandările instituțiilor Uniunii sau ale organismelor naționale de supraveghere, și în scopul asigurării securității și fiabilității unui serviciu oferit de operator sau în cazul în care este necesară pentru încheierea sau executarea unui contract între persoana vizată și un operator sau în cazul în care persoana vizată și-a dat în mod explicit consimțământul [14]. În orice caz, o astfel de prelucrare ar trebui să facă obiectul unor garanții corespunzătoare, care ar trebui să includă o informare specifică a persoanei vizate⁵⁵”.

În fine, într-o altă hotărâre se reține neaplicarea regulamentului, ceea ce este corect, însă dreptul de informare exista. Și persistă și problematica profilării⁵⁶. Despre acesta o instanță consideră că informarea persoanelor vizate a fost suficientă și că până la 25 mai 2018 nu era necesar acest lucru⁵⁷. O altă instanță oferă o altă soluție, de altfel rezonabilă, însă trebuie analizat în ce limite: „cererea de credit trebuie să aibă la bază un acord de transmitere/prelucrare/colectare date cu caracter personal (din moment ce chiar datele furnizate în cererea de credit sunt supuse prelucrării), iar nu acordul trebuie să fie precedat de o cerere de credit⁵⁸”.

I.4. Dreptul la ștergerea datelor

În afara cauzei privind eliminarea unui articol din versiunea on-line a unui ziar, discutabilă, atât în privința cererii dar mai ales a soluției sunt identificate multe alte solicitări privind aplicarea 17 GDPR. Majoritatea cauzelor privind Biroul de Credite se referă și la acest aspect, dar sunt și situații particulare care pot ridica întrebări.

⁵³ A se vedea de exemplu, Raiha Buchanan, *Ultimate Guide: GDPR Impacts on Credit Ratings*, 5/11/18 disponibil la adresa <https://blog.instantor.com/ultimate-guide-gdpr-impacts-on-credit-ratings>; cu privire la impactul dreptului la ștergere în domeniul bancar, a se vedea Daniel Crow, Georg Kneupner, Lukas Marksteiner, *GDPR deep dive-how to implement the 'right to be forgotten'. A brief outline of implementation aspects*, 15 November 2017, disponibil la adresa <https://www.bankinghub.eu/banking/finance-risk/gdpr-deep-dive-implement-right-forgotten>.

⁵⁴ Tribunalul București, Secția a II-a Contencios Administrativ și Fiscal, Sentința nr. 1100/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5abafc4be490095c0e00013d>.

⁵⁵ Am comentat această hotărâre în articolul: Daniel-Mihail Șandru, *Principiile protecției datelor – de la teorie la practică*, în *Curierul judiciar* nr. 6/2018, p. 365-366.

⁵⁶ „În ceea ce privește încălcarea de către pârâtă a dispozițiilor normative în materie de protecție a datelor cu caracter personal – Decizia ANSPDCP nr. 105/2007, Legea nr. 677/2001 și Regulamentul nr. 679/27.04.2016 GDPR, instanța reține cu titlu preliminar, raportat la data semnării celor două contracte de credit că Regulamentul nr. 679/27.04.2016 GDPR nu este incident cu privire la informarea prealabilă, acest act fiind aplicabil de la data de 25 mai 2018, deci cu mult înainte de încheierea celor două contracte de credit, astfel că obligația de informare prealabilă nu poate fi analizată decât prin prisma dispozițiilor legale în vigoare la data semnării acordului de prelucrare a datelor cu caracter personal, respectiv Decizia ANSPDCP nr. 105/2007 și Legea nr. 677/2001.” Judecătoria Timișoara, Sentința civilă nr. 542/2019, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c5504f8e49009b00900003a>; în privința cererii privind ștergerea datelor, instanța reține că a existat un consimțământ, ceea ce este paradoxal, întrucât dacă ar fi fost un consimțământ acesta ar fi putut fi retras. În realitate, transferul datelor s-a realizat în temeiul contractului și a, subsidiar, al legii. „Reclamantul nu a făcut dovada incidenței niciunei ipoteze enumerate de art. 17 alin. (1) din Regulament, prevalându-se în cuprinsul cererii de chemare în judecată de prelucrarea ilegală a datelor cu caracter personal, or, așa cum s-a reținut, pârâtă nu a încălcat legea atunci când a făcut raportările la Biroul de Credit, transmiterea informațiilor fiind efectuată în baza unui consimțământ valabil al reclamantului.”

⁵⁷ „De altfel, până în data de 25.05.2018 nicio bancă nu avea obligația informării clienților cu privire la FICO Score. Începând cu această dată, informațiile cu privire la FICO Score au fost introduse în art. 5 din Nota de informare privind prelucrarea datelor cu caracter personal în contextul furnizării serviciilor bancare aferente produselor de credit.” (Judecătoria Sector 1, Sentința Civilă nr. 8203/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c56564ce490092c22000046>), de altfel o decizie cu caracter repetitiv.

⁵⁸ Judecătoria Sectorului 1 București,

Astfel, într-o cerere care viza ștergerea datelor unui justițiabil de pe portalul instanțelor de judecată, soluționat favorabil, rămâne întrebarea dacă această procedură este anonimizare sau pseudonimizare. Răspunsul la o astfel de întrebare în practică arată că, anonimizarea este imposibilă atât timp cât dosarul rămâne cu toate datele personale ale justițiabilului. În cauza amintită, s-a renunțat la judecată⁵⁹, însă pe acest teritoriu nu trebuie admisă cererea de anonimizare (poate doar de pseudonimizare), ci doar de ștergere a datelor din sistemul public informatic, ceea ce este o limită a cererii, fiind însă soluția rezonabilă.

O situație în care instanțele analizează aplicarea dispozițiilor privind protecția datelor, pe cale de excepție o reprezintă Legea nr. 544/2001 privind liberul acces la informațiile de interes public în care instanțele trebuie să analizeze proporționalitatea dreptului la informare și, poate al dreptului la exprimare, în contrast cu drepturile persoanelor vizate.

II. Nu se aplică sau se interpretează GDPR, dar hotărârile judecătorești implică domeniul protecției datelor.

II.1. Modificarea clauzelor contractuale privind implementarea GDPR. Solicitare de ordonanță președințială privind implementarea GDPR

Solicitarea de ordonanță președințială privind oferirea unor soluții de implementare a GDPR într-un contract de furnizare de servicii. Instanța a constatat că niciuna din condițiile impuse de art. 997 C. pr. civ. nu sunt îndeplinite. Instanța nu a analizat ce presupune în concret securizarea istoricului comenzilor din aplicația „TR” și „implementarea standardului GDPR privind datele personale”⁶⁰. Desigur, trecând peste un mic pleonasm între „GDPR și privind datele personale”, se poate pune problema dacă contracte încheiate anterior intrării în vigoare sau, mai precis a punerii în aplicare a regulamentului, ar trebui modificate prin includerea obligațiilor referitoare la protecția datelor, obligații care sunt nu doar pasive (de păstrarea a confidențialității) ci și active, de exemplu, de elaborare a unor (noi) proceduri, a unor module într-un program informatic și care să se înscrie fie în clauzele generale ale contractului, fie să devină clauze noi, incluse printr-un act adițional. Această din urmă perspectivă, a încheierii unui act adițional cu drepturi și obligații precis determinate, trebuie să fie, depinzând totuși de context, soluția cea mai frecventă și cea rezonabilă.

O altă cerere privind aplicarea procedurii ordonanței președințiale a fost respinsă într-o cerere care viza aplicarea articolului 18 – restricționarea prelucrării, însă cererea a fost respinsă fără a intra în fond întrucât nu erau îndeplinite condițiile minime de procedură⁶¹.

II.2. Litigii de dreptul muncii cu privire la desemnarea (forțată) a unui responsabil cu protecția datelor

Într-o cauză referitoare la desemnarea (forțată) a unui responsabil cu protecția datelor⁶² instanța nu a validat argumentele invocate de operator prin care acesta tindea să acrediteze legalitatea măsurii prevalându-se de dispozițiile Regulamentului nr. 679/2016, ci, sprijinindu-se de dispozițiile din Codul muncii a anulat decizia de desemnare a unui angajat pe funcția de responsabil cu protecția datelor, fără acordul salariatului⁶³.

II.3. Ștergerea unui articol defăimător

Solicitarea de ștergere a unui articol dintr-un ziar (exclusiv) on-line, deși are în vedere și drepturi protejate de GDPR, nu este, în situația în care articolul este defăimător, o problemă de protecția datelor⁶⁴. În cauză s-a admis cererea de ștergere și daune morale, avându-se în vedere și limitele libertății de exprimare, prin analiza atentă a art. 10 din Convenția europeană a drepturilor omului.

⁵⁹ Tribunalul Suceava, Secția de Contencios Administrativ și Fiscal, Sentința 1084/2018 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5bef815ee490091823000035>

⁶⁰ Judecătoria Pitești, Sentința civilă nr. 5804/2018, disponibilă în <http://rolii.ro/hotarari/5bafa00ee49009541d00002b>.

⁶¹ Judecătoria Timișoara, Secția I Civilă, Sentința civilă nr. 14262/2018 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5c15bdb8e49009ec03000064>.

⁶² Tribunalul București, Secția a VIII-a Conflicte de muncă și asigurări sociale, Sentința Civilă nr. 7415/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5bcd8b83ce49009081b000083>: „Potrivit art. 17 al. 5 din Codul muncii, orice modificare a unuia dintre elementele prevăzute la art. 17 al. 3 din Codul muncii (printre care și fișa postului, cu specificarea atribuțiilor postului) în timpul executării contractului individual de muncă impune încheierea unui act adițional la contract, anterior producerii modificării, cu excepția situațiilor în care o asemenea modificare este prevăzută în mod expres de lege sau în contractul colectiv de muncă aplicabil. În speță, nu ne regăsim în această din urmă ipoteză deoarece modificarea raporturilor de muncă nu a intervenit sub imperiul apariției unor dispoziții legale care să prevadă că un salariat având funcția de expert este desemnat persoană responsabilă cu protecția datelor cu caracter personal, ci doar posibilitatea pentru angajator de a numi responsabil cu protecția datelor a unui membru al personalului operatorului. Câtă vreme au fost stabilite raporturi de muncă, pârâtul ar fi trebuit, anterior emiterii deciziei contestate, să solicite, conform art. 41 din Codul muncii, și acordul reclamantului cu privire la modificarea contractului individual de muncă, întrucât felul muncii constituie un element esențial al contractului de muncă”.

⁶³ Cu privire la responsabilul cu protecția datelor (DPO), a se vedea, pe larg: Irina Alexe, *Principalele noutăți privind responsabilul cu protecția datelor, incluse în GDPR*, Revista Pandectele Române nr. 1/2018, p. 34-45; Irina Alexe, *Responsabilul cu protecția datelor (DPO) – funcționar public sau personal contractual?*, Revista Română de Dreptul Muncii, nr. 2/2108, p. 53-65.

⁶⁴ Tribunalul Argeș, Secția civilă, Decizia nr. 1908/2016 disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5886d273e49009e83e0048c8>.

II.4. Aplicarea unor sancțiuni pentru proprietarul unui autoturism de către poliția locală privind refuzul de a comunica numele persoanei căreia i-l închiriasse.

De asemenea, protecția datelor este importantă însă nu reprezintă temeiul soluționării unor cereri, instanța a aplicat RIL-ul Înaltei Curți⁶⁵ care a reținut că legiuitorul nu a stabilit, în mod expres, în competența poliției locale atribuția de a solicita proprietarului sau deținătorului mandat al unui vehicul comunicarea identității persoanei căreia i-a încredințat vehiculul pentru a fi condus pe drumurile publice, și nici de a aplica sancțiunile contravenționale prevăzute de lege, în cazul necomunicării relațiilor solicitate⁶⁶. În cauză, se pune mai întâi problema competenței, care a fost soluționată cu precădere, dincolo de protecția datelor.

II.5 Alte situații în care sunt implicate date cu caracter personal sunt: consimțământul (medical) informat, mesaje injurioase/ defăimătoare în spațiul public virtual (pe o rețea socială)⁶⁷, publicarea unei fotografii pe o rețea socială pentru publicitatea unei mărci fără acordul persoanei⁶⁸ etc.

Concluzii

Din punct de vedere legislativ, România a realizat punerea în aplicare a Regulamentului și a transpus directivele referitoare la protecția datelor în materie penală cât și a protecția datelor pasagerilor. Deciziile autorității de supraveghere au urmărit ca să fie puse în aplicare prin norme de aceste ordin detalii privind investigațiile, încălcările de securitate, sesizările și plângerile sau lista operațiunilor pentru care este obligatorie realizarea evaluării impactului asupra protecției datelor cu caracter personal.

Din jurisprudența analizată se poate concluziona că instanțele aplică reglementările pertinente privind protecția datelor; de altfel, pentru acestea nu este un domeniu nou, și sub imperiul legislației anterioare au existat litigii. În prezentul material am analizat în jur de 50 de sentințe ale instanțelor judecătorești din cele aproape 300 identificate în care au fost invocate și aplicate dispoziții ale Regulamentului general privind protecția datelor.

Cercetarea domeniului protecției datelor cu caracter personal se va ghida după principiile cercetării fundamentale având în vedere elementele concrete din România, abordarea autorităților și instituțiilor publice, în special a acelor cu rol semnificativ în aplicarea Regulamentului, atât de instanțele judecătorești, din România și dar și de cele din Europa (Curtea de Justiție a Uniunii Europene și Curtea Europeană a Drepturilor Omului). iaduer.ro va fi extins pentru a dezvolta cunoașterea în domeniul protecției datelor cu caracter personal prin publicarea de materiale elaborate dar și de documente cu impact practic în domeniu.

⁶⁵ Decizia nr. 11 din 19 iunie 2017, referitoare la interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 39, art. 102 alin. (1) pct. 14 și art. 105 pct. 10 din Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 195/2002 privind circulația pe drumurile publice, republicată, cu modificările și completările ulterioare, prin raportare la dispozițiile art. 7 lit. h) din Legea poliției locale nr. 155/2010, republicată, cu modificările și completările ulterioare pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, pentru soluționarea unui recurs în interesul legii și publicată în M. Of. nr. 750 din 19 septembrie 2017.

⁶⁶ Tribunalul Cluj, Secția Mixtă de Contencios Administrativ și Fiscal, de Conflicte de Muncă și Asigurări Sociale, Decizia civilă nr. 1764/2018, nepublicată.

⁶⁷ Judecătoria Timișoara, Sentința civilă nr. 12486/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5bf8bc29e490097c1d000040>.

⁶⁸ Tribunalul București, Secția a III-a Civilă, Sentința civilă nr. 313/2018, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/5b00db0de49009001b000043>.

ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN ORDINEA JURIDICĂ A UNIUNII EUROPENE

Role of Jurisprudence in The Legal Order of The European Union

Nicoleta DIACONU*

Rezumat: *Ordinea juridică a Uniunii Europene s-a cristalizat pe parcursul unui proces istoric evolutiv, în cadrul căruia, Curtea de Justiție a avut un rol deosebit de important.*

Locul și rolul jurisprudenței în dreptul Uniunii Europene este pus în valoare de activitatea Curții de Justiție în realizarea evoluției integrării economice și politice a Uniunii Europene.

Jurisprudența Curții de Justiție contribuie la aplicarea unitară a normelor Uniunii Europene în ordinea juridică națională a statelor membre.

Curtea Europeană de Justiție a contribuit activ la dezvoltarea ordinii juridice a Uniunii Europene prin: interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului unional; enunțarea și fundamentarea drepturilor fundamentale ale omului în UE; fundamentarea principiului aplicabilității directe a dreptului Uniunii Europene; fundamentarea principiului priorității de aplicare a dreptului Uniunii Europene.

Cuvinte-cheie: *Curtea Europeană de Justiție; jurisprudență; Uniunea Europeană; ordinea juridică comunitară; interpretarea și aplicarea dreptului UE.*

Abstract: *The legal order of the European Union crystallized during an evolutionary historical process, in which the Court of Justice played a particularly important role.*

The place and role of jurisprudence in European Union law highlights the work of the Court of Justice in achieving the evolution of the European Union's economic and political integration.

The jurisprudence of the Court of Justice contributes to the uniform application of European Union rules in the national legal order of the Member States.

The European Court of Justice has actively contributed to: the interpretation and uniform application of Union law; the enunciation and substantiation of fundamental human rights in the EU; substantiation of the principle of the direct applicability of European Union law; substantiating the principle of the priority of the application of European Union law.

Keywords: *European Court of Justice; law; European Union; the Community legal order; interpreting and enforcing EU law.*

a) Rolul jurisprudenței privind interpretarea și aplicarea uniformă a dreptului Uniunii Europene

Ordinea juridică comunitară s-a cristalizat pe parcursul unui proces istoric evolutiv, în cadrul căruia, Curtea de Justiție a avut un rol deosebit de important.

Textul normativ al tratelor inițiale a avut numeroase lacune, ce au fost depășite prin interpretările jurisprudențiale ale Curții de Justiție.

Jurisprudența Uniunii Europene reprezintă totalitatea hotărârilor judecătorești pronunțate de instanțele Curții de Justiție a Uniunii Europene, evidențiind forța juridică ce rezultă din precedentele judiciare.

Locul și rolul jurisprudenței în dreptul Uniunii Europene este pus în valoare de activitatea Curții de Justiție în realizarea evoluției integrării economice și politice a Uniunii Europene¹.

Misiunea Curții de Justiție a fost de a asigura, în cadrul sistemului juridic al Uniunii Europene, „respectarea dreptului în interpretarea și aplicarea tratatelor”(conform art. 19 TUE).

Acest lucru s-a realizat, în mare măsură, prin intermediul procedurii cererii prealabile, prevăzută de art. 267 TFUE, care a contribuit la eficacitatea dreptului comunitar.

Prin intermediul procedurii cererilor prealabile, Curtea de Justiție se dovedește a fi un judecător european normativ, iar art. 267 TFUE guvernează mecanismul influențării dreptului UE și al garantării respectării lui în statele membre.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene are responsabilitatea și monopolul interpretării dreptului comunitar în scopul aplicării sale uniforme în toate statele membre ale UE².

* Prof. univ. dr., Universitatea „Spiru Haret” București; Asociat – Academia de Poliție „Alexandru Ioan Cuza”; e-mail: nicoled58@yahoo.com.

¹ Groza, Anamaria, *Uniunea Europeană. Drept instituțional*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 363.

² Dumitrașcu, Mihaela Augustina, *Dreptul Uniunii Europene și specificitatea acestuia*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 178.

Jurisprudența are o influență importantă asupra dezvoltării dreptului Uniunii Europene, deoarece judecătorul Uniunii are de-a face cu un sistem de drept în formare³.

Soluțiile date de Curtea Europeană de Justiție sunt obligatorii privind modul de interpretare a dispozițiilor dreptului Uniunii Europene. Jurisprudența Curții de Justiție contribuie la aplicarea unitară a normelor Uniunii Europene în ordinea juridică națională a statelor membre.

Principiile generale ale dreptului Uniunii Europene au fost inițiate și formulate în hotărârile Curții Europene de Justiție, introduse în Tratatul Comunității Europene (TCE) și consacrate, în prezent, în Tratatul Uniunii Europene (TUE) și Tratatul de Funcționare a Uniunii Europene – Lisabona (TFUE).

b) Rolul jurisprudenței privind enunțarea și fundamentarea drepturilor fundamentale ale omului în UE

În literatura de specialitate s-a apreciat că principiile generale de drept se suprapun principiilor dreptului jurisprudențial, în ceea ce privește conținutul, deși diferă ca denumire. Astfel, unii autori consideră jurisprudența Curții de Justiție ca sursă a dreptului comunitar, deși acceptă că, în general, jurisprudența nu este considerată ca un veritabil izvor de drept⁴. În esență însă, se referă la aplicarea de către Curtea de Justiție a unor principii generale de drept. Pe de altă parte, alți autori recunosc faptul că aplicarea principiilor generale este în ultimă instanță o problemă care revine practicii Curții de Justiție⁵. Între cele două situații, problema trebuie deci să fie rezolvată mai ales sub aspectul denumirii categoriei respective, având în vedere faptul că nu sunt deosebiri substanțiale de conținut.

Între principiile generale de drept și hotărârile judecătorești – chiar dacă acestea sunt pronunțate de o instanță supranațională – prioritatea trebuie acordată în favoarea principiilor generale de drept. În sprijinul acestei opinii sunt și dispoz. art. F. din Tratatul de la Maastricht, care recunoaște ca având calitatea de principii generale și cele care nu sunt prevăzute în jurisprudența Curții de Justiție.

Principiile generale nu sunt prevăzute în tratatul CECO ca surse ale dreptului comunitar. Tratele următoare au prevăzut însă posibilitatea Curții de a putea recurge la principii generale comune ale statelor membre pentru a stabili unele responsabilități ale membrilor Comunității care nu erau prevăzute în tratate, extinzându-se și la alte domenii, dar diferențiindu-se de “drepturile fundamentale”.

În același timp, Curtea a suplinit unele lacune ale reglementărilor comunitare, în vederea evitării cazurilor de denegare de justiție, apelând la principiile generale de drept pentru întemeierea unor soluții⁶.

Respectarea drepturilor democratice și a drepturilor fundamentale ale omului au reprezentat obiective majore ale Comunităților europene, încă de la constituirea acestora.

Tratele comunitare constitutive nu au conținut inițial o enumerare a drepturilor fundamentale ale omului, ele completându-se în acest scop cu prevederile adoptate în cadrul Consiliului Europei. Din acest punct de vedere, la nivel comunitar au apărut unele probleme legate de determinarea conținutului acestor drepturi și a justificării lor ca suport al hotărârilor Curții. Din aceste considerente, Curtea a statuat că drepturile fundamentale ale omului fac parte integrantă din principiile generale cărora ea le asigură respectarea.

În ceea ce privește respectarea drepturilor fundamentale ale omului, Curtea a ținut seama de faptul că acestea au un dublu fundament: pe de o parte tratatele instituite în acest domeniu între state, precum și prevederile constituționale ale statelor membre. Din acest punct de vedere apare o problemă de dificultate pentru Curte, care în cazul dispozițiilor de natură comunitară, are un câmp de acțiune restrâns față de cel al reglementărilor naționale.

Tratatul de la Maastricht, în art. F(6) par. 2, preia ceea ce s-a confirmat în activitatea Curții ca fiind elemente esențiale ale aplicării normelor juridice comunitare sau naționale, precizând că sunt recunoscute și respectate atât drepturile fundamentale prevăzute în Convenția Europeană a Drepturilor Omului, cât și cele care rezultă din tradițiile constituționale comune ale statelor membre, precum și principiile generale ale dreptului comunitar.

Tratatul de la Lisabona cuprinde reglementări deosebit de importante privind protecția drepturilor fundamentale ale omului.

Problema reglementării drepturilor fundamentale ale omului prin instrumente juridice specifice Uniunii Europene a fost rezolvată prin adoptarea, în 2000, a *Cartei Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene*.

Carta Drepturilor Fundamentale ale Omului în Uniunea Europeană reafirmă drepturile ce rezultă în special din tradițiile constituționale și din obligațiile internaționale comune ale statelor membre.

Carta reafirmă drepturile care rezultă, în special, din tradițiile constituționale și din obligațiile comune statelor membre, din Convenția Europeană privind apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, din Cartele sociale adoptate de Uniune și de către Consiliul Europei, precum și din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene și a Curții Europene a drepturilor omului⁷.

³ Fuerea, Augustin, *Drept comunitar european. Partea generală*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 147.

⁴ Jean Boulouis, *Droit institutionnel des communautés*, Montchrestien, Paris, 1993, 4^e édition, p. 205.

⁵ Philippe Manin, *Les communautés européennes. L'Union européenne. Droit institutionnel*, Paris, Ed. A. Pedone, 1993, p. 223.

⁶ CJCE, Hot. „Haecht” – C 48/72 – SA Brasserie de Haecht c. Wilkin- Jansen (privind principiul certitudinii juridice); C.11/70 (privind principiile de bază ale dreptului comunitar).

⁷ Octavian Manolache, *Tratat de drept comunitar*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 89.

c) Rolul jurisprudenței în fundamentarea principiului aplicabilității directe a dreptului Uniunii Europene

Principiul aplicabilității directe își găsește confirmarea în dispoz. art. 288 alin. 2 TFUE, dar numai în ceea ce privește regulamentele, despre care se precizează că sunt de aplicabilitate directă în toate statele membre.

Pentru restul actelor normative ale Uniunii Europene și pentru cele adoptate în temeiul CECO, i-a revenit rolul Curții de Justiție de a statua acest principiu, cu ocazia soluționării unor cauze.

➤ Astfel, în *hotărârea Van Gend en Loos*⁸, Curtea a constatat că Tratatul CE are ca obiect instituirea unei “piețe comune”, care în mod implicit cuprinde pe toți justițiabilii Comunității, cărora lise aplică tratatul, acesta nefiind adoptat numai pentru reglementarea raporturilor dintre statele membre. S-a arătat, de asemenea, că tratatele constituie o ordine juridică nouă, de drept internațional, căreia statele i-au transferat competența lor, iar subiecte de drepturi și obligații nu sunt numai statele, ci și resortisanții acestora, cărora jurisdicțiile naționale trebuie să le garanteze exercitarea drepturilor și să asigure îndeplinirea obligațiilor acestora.

➤ Ulterior, prin *hotărârea COSTA/E.N.E.L.*⁹ Curtea a revenit asupra formulărilor din *hotărârea* menționată mai sus, înlocuind formularea „ordine juridică de drept internațional” cu “ordine juridică proprie” iar „independența” dreptului comunitar a fost înlocuită cu „integrarea” sa în sistemul juridic al statelor membre.

Înlocuirea „ordinii juridice internaționale” cu „ordinea juridică proprie” se justifică prin diferențele constatate între acestea. Astfel „ordinea juridică” proprie Comunităților avea ca sursă dreptul convențional adoptat de către state, precum și actele unilaterale, respectiv dreptul derivat (deși erau recunoscute ca izvoare și principiile fundamentale, fiecare având o poziție bine stabilită în ierarhia juridică) iar normele sale se adresează, în principal, persoanelor private. O altă diferență ar fi aceea că soluționarea diferendelor dintre subiectele dreptului comunitar nu este lăsată la latitudinea părților implicate, ca în cazul ordinii juridice internaționale¹⁰.

Curtea a statuat că principiile dreptului intern se aplică în măsura în care nu sunt în contradicție cu ordinea juridică comunitară.

Curtea a stabilit că, potrivit acestui principiu, dreptul comunitar se integrează direct în dreptul statelor membre, fără să permită statelor să aleagă între *teoriile* dualiste sau moniste, întrucât se impune aplicarea mecanismului, nemaifiind nevoie de măsuri luate pe plan intern pentru aplicarea dreptului comunitar¹¹.

Ca urmare a acestei situații, persoanele particulare (fizice sau morale) pot invoca dreptul comunitar în fața autorităților naționale, inclusiv tribunale, atât pentru a li se recunoaște drepturile, cât și pentru a se anula efectul unor acte juridice interne care sunt contrare dreptului comunitar.

În prezent, aplicarea directă a dreptului Uniunii Europene prezintă o serie de particularități în funcție de categoria normelor juridice care sunt invocate, precum și caracterul efectului direct și eventualele excepții care există. Se disting, în acest sens, analize făcute de literatura de specialitate – fie după criteriul forței și condiționărilor efectului direct¹², fie conform categorisirii surselor dreptului comunitar¹³, deși aceste clasificări nu reușesc să cuprindă toate elementele esențiale care rezultă din aplicarea criteriului respectiv.

d) Rolul jurisprudenței în fundamentarea principiului priorității de aplicare a dreptului Uniunii Europene

Tratatele de instituire a Comunităților nu au conținut prevederi privind primordialitatea dreptului comunitar asupra dreptului intern al statelor membre.

Problema primordialității dreptului Uniunii Europene față de dreptul intern al statelor membre, poate fi considerată ca o expresie a problematicei raportului dintre dreptul internațional public și dreptul intern¹⁴. Conform teoriei și practicii în acest domeniu, în dreptul internațional există două doctrine privind raportul dintre cele două sisteme: *doctrina monistă* și *doctrina dualistă*.

Spre deosebire de această situație din dreptul internațional public, în cazul ordinii juridice al Uniunii Europene statele membre sunt obligate să recunoască primordialitatea dreptului Uniunii asupra dreptului intern. Fundamentul acestei situații îl constituie acordul statelor de a fi membre ale Uniunii și de a accepta jurisdicția specială creată în conformitate cu tratatele constitutive, care au fost negociate și față de care s-a exprimat consimțământul fiecărui stat conform prevederilor tratatului și a reglementărilor interne, respectiv prin referendum în ultimă instanță.

Având în vedere principiul integrării normelor juridice ale Uniunii Europene în dreptul intern al fiecărui stat și faptul că de aici decurg drepturi și obligații pentru orice subiect de drept, în orice situație în care se pune problema recunoașterii jurisdicționale a acestor drepturi și obligații, instanța judecătorească va trebui să decidă chiar și atunci când tratatele nu conțin dispoziții exprese, fiind obligată să hotărască între aplicarea dreptului Uniunii Europene și a celui național.

⁸ CJCE, Hot. din 05.02.1963, 26/62.1.

⁹ CJCE, Hot. din 15.07.1964, 6/64.

¹⁰ Philippe Manin, *op. cit.* p. 242.

¹¹ CJCE – Hot. din 03.04.1968 *Firma Malkerei*, 28/67, 211.

¹² Philippe Manin, *op. cit.*, p. 243-256.

¹³ Jean Boulouis, *op. cit.*, p. 235-245.

¹⁴ Penelope Kent, *European Community Law*, MAE Handbook 1992, p. 37.

Faptul că tratatele nu conțin prevederi exprese în acest sens este considerat o precauție de natură politică a inițiatorilor Comunităților europene prin care s-ar menaja sentimentele anti-federaliste ale unor state fondatoare, care ar fi putut să nu accepte caracterul condițional al construcției comunitare¹⁵.

S-a dovedit că practica a ridicat o serie de probleme cărora Curtea de Justiție a trebuit să le dea o soluționare (în multe situații ca urmare a solicitărilor instanțelor naționale). A revenit, deci, Curții de Justiție rolul de a stabili primordialitatea dreptului comunitar/Uniunii Europene asupra dreptului intern.

Fundamentarea acestui principiu s-a stabilit de către Curtea de Justiție, prin interpretarea globală a normelor juridice comunitare.

Acest principiu se regăsește și în Hotărârea *Van Gend & Loos* (menționată anterior cu ocazia examinării principiului efectului direct), dar a fost statuată, în mod expres, în Hotărârea *COSTA/E.N.E.L.* (15.07.1964, 6/64), în care Curtea a expus, în mod sintetic, caracteristicile originare ale Comunităților europene: *instituții cu o ordine juridică proprie, integrată sistemului juridic național al statelor membre, cu personalitate și capacitate juridică proprie, cu reprezentare pe planul relațiilor internaționale și cu puteri proprii conferite prin transferul competenței consimțite de către statele membre, precum și existența unui cadru normativ comunitar aplicabil statelor membre și cetățenilor acestora.*

De aici s-au stabilit fundamentele juridice ale principiului primordialității dreptului comunitar, izvorât din tratatele constitutive și din celelalte surse, care trebuie integrat în ordinea juridică internă fiecărui stat membru și care au drept corolar imposibilitatea pentru toate statele de a face să prevaleze normele juridice unilaterale contra ordinii juridice comune, acceptate pe bază de exprimare a consimțământului.

Nici tratatul de la Lisabona nu introduce dispoziții noi relative la supremație în textul tratatului, însă în anexe cuprinde o „*Declarație cu privire la supremație*” (nr. 17) conform căreia, „Conferința reamintește că, în conformitate cu jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene, tratatele și legislația adoptată de Uniune pe baza tratatelor au prioritate în raport cu dreptul statelor membre, în condițiile prevăzute de jurisprudența menționată anterior. În plus, Conferința a hotărât ca Avizul Serviciului juridic al Consiliului, astfel cum figurează în documentul 11197/07(JUR260), să fie anexat prezentului act final: „*Avizul Serviciului juridic al Consiliului din 22 iunie 2007. Din jurisprudența Curții de Justiție reiese că supremația dreptului comunitar este un principiu fundamental al dreptului comunitar. Conform Curții, acest principiu este inherent naturii specifice a Comunității Europene. La data primei hotărâri din cadrul acestei jurisprudențe consacrate (hotărârea din 15 iulie 1964, în cauza 6/64, Costa/ENEL(...), supremația nu era menționată în tratat. Situația nu s-a schimbat nici astăzi. Faptul că principiul supremației nu va fi inclus în viitorul tratat nu va schimba în niciun fel existența principiului și jurisprudența în vigoare a Curții de Justiție.*” «*Reiese (...) că, izvorând dintr-o sursă independentă, dreptului născut din tratat nu ar putea, dată fiind natura sa specifică originală, să i se opună din punct de vedere juridic un text intern, indiferent de natura acestuia, fără a-i pierde caracterul comunitar și fără a fi pus în discuție fundamentul juridic al Comunității înseși.*»”

Concluzii

Este sau nu jurisprudența UE – izvor de drept?

Jurisprudența Curții, deși nu este considerată unanim și în mod expres ca izvor de drept, este acceptată ca sursă subsidiară (complementară) a dreptului comunitar, contribuind la complinirea lacunelor acestuia, precum și la lămurirea formulărilor mai puțin clare ale actelor normative comunitare.

Rolul și importanța acesteia în cadrul ordinii juridice comunitare nu sunt puse la îndoială, constatându-se chiar că primele elemente ale integrării politice au fost realizate pe cale jurisprudențială¹⁶.

Jurisprudența Curții de Justiție nu reprezintă un izvor de drept al Uniunii Europene deoarece hotărârile judecătorești nu au efect erga omnes; însă, în privința modului în care interpretează dispozițiile dreptului Uniunii Europene, soluțiile date de Curtea Europeană de Justiție sunt obligatorii.

Prin intermediul jurisprudenței Curții de Justiție se realizează interpretarea și aplicarea unitară a dreptului Uniunii Europene. Având în vedere faptul că interpretarea face corp comun cu norma sau documentul interpretat, în funcție de norma pe care o interpretează, locul pe care îl ocupă jurisprudența în ierarhia izvoarelor dreptului Uniunii Europene este diferit.

Funcția normativă a Curții de Justiție a fost recunoscută în doctrină, iar practica constantă a Curții a fost, de a apropiat-o de sistemul common law, fără, însă, a avea valoarea juridică a precedentului în accepțiunea acestui sistem, deoarece Curtea dispune, în același timp, și de ceea ce doctrina franceză numește „*revirement de juris prudence*”, proprie sistemului de drept romano-germanic¹⁷.

¹⁵ Jean Boulouis, *op. cit.*, p. 247; Philippe Manin, *op. cit.*, p. 258.

¹⁶ Camelia Toader, *Constituționalizarea dreptului comunitar. Rolul Curții de Justiție a Comunităților Europene*, în *Revista română de Drept Comunitar* nr. 2/2008, p. 15-30.

¹⁷ Sorin Popescu, Luiza Manea, *Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene între sistemul de drept anglo-saxon și cel romano-germanic. Valoare juridică*, *Buletin de informare legislativă* nr. 2/2012, p. 7.

DREPTURILE COPILULUI VS. JURISPRUDENȚA CEDO

Rights of the Child vs. ECHR Jurisprudence

Roxana-Daniela PĂUN*

Rezumat: Copilul și drepturile acestuia au constituit și constituie repere asupra cărora familia, autoritățile publice locale și centrale trebuie să își guverneze și să își stabilească prioritățile prezentului pentru asigurarea unui viitor sigur armonios și valoric. Dincolo de declarații și bune intenții, faptele sunt cele care fac diferența pentru viitorul tinerei generații, într-o societate globalizată, în care influențele culturale ale altor popoare acționează persuasiv în toate domeniile societății, și cu atât mai mult în componenta socială. De prezentul copiilor noștri depinde viitorul acestui popor!

Cuvinte-cheie: Copil, interesul superior al copilului, familie, personalitate, dezvoltare armonioasă.

Abstract: The child and his/her rights have been constituted and constitute landmarks that the family, local and central public authorities must govern and prioritize their present to ensure a safe and harmonious future. Beyond statements and good intentions, facts are the ones that make the difference for the future of the young generation, in a globalized society in which the cultural influences of other peoples act persuasively in all spheres of society, and even more so in the social component. The future of this nation depends on our children's present!

Keywords: Child, child's best interests, family, personality, harmonious development.

Copiii și tinerii sunt protejați de Constituție, care, conform art. 49 alin. (1) reglementează „un regim special de protecție și de asistență în realizarea drepturilor lor”. Totodată, Legea nr. 272/2004 din 21/06/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, republicată în martie 2014, reglementează la rândul ei cadrul legal privind respectarea, promovarea și garantarea drepturilor copilului.

Se știe faptul că drepturile copilului sunt reglementate de Convenția asupra Drepturilor Copilului adoptată de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite la data de 20 noiembrie 1989.

Convenția a fost asumată și de România, prin adoptarea Legii nr. 18/1990 pentru ratificarea convenției cu privire la drepturile copilului.

Marele pedagog, pediatru și scriitor, Janusz Korczak (1878-1942) a regândit educația și statutul copiilor. Acesta a considerat că aceștia sunt personalități aparte, complete care trebuie tratate cu respect.

De asemenea și primul fondator al organizației „Salvați copii” în 1919, la Londra, care a militat pentru drepturile copiilor a fost Eglantyne Jebb (1876-1928). Acesta s-a dedicat salvării și îmbunătățirii vieții copiilor din întreaga lume (știute fiind cazurile miilor de copii care mureau zilnic din cauza bolilor și a foametei în toate țările Europei, în care Primul Război Mondial a făcut victime).

Astfel, în 1924, Eglantyne Jebb a conceput și promovat adoptarea de către Liga Națiunilor Unite a Declarației Drepturilor Copilului, primul document internațional prin care întreaga comunitate internațională a susținut urgența protecției copiilor împotriva abuzului și neglijenței. Așa cum am menționat mai sus, documentul prin care România a ratificat convenția definește drepturile și principiile dezvoltării normale a unui copil.

Oriunde s-ar afla, copiii au drepturi: acasă la părinții naturali, în familiile substitutive, în instituții de îngrijire sau la școală. Sens în care, autoritățile publice locale și centrale au obligația de a garanta și promova drepturile copilului.

În anul 2015, Curtea Europeană a Drepturilor Omului și Agenția Drepturilor Fundamentale din cadrul Uniunii Europene au publicat un manual care constituie un punct de referință atât al legislației Consiliului Europei, cât și al Legislației Uniunii Europene privind protecția și promovarea dreptului copilului în Europa.

Prima instituție de nivel parental, unde copilul își creează propriul univers, propria personalitate, rămâne familia, a cărei ocrotire cade în sfera preocupărilor tuturor societăților sănătoase, care investesc în capitalul dezvoltării umane întreg arsenalul lor valoric.

Societatea românească bulversată de valul schimbărilor și preocupărilor universale se străduiește să confere un spațiu adecvat dezvoltării armonioase al fiecărui copil care se naște, se dezvoltă și se maturizează în condițiile actuale ale progresului în gândire, tehnologie și nu în ultimul rând ca efect al globalizării.

Articolul de față își propune analiza unor aspecte controversate în materie juridică respectiv tergiversarea executării hotărârilor judecătorești privind plata pensiei alimentare; cât și încredințarea copiilor, dar și înapoierea copiilor la tată, împotriva voinței acestora, respectiv stabilirea domiciliului și chiar a autorității părintești – unor copii minori, în situația în care unul dintre părinți a decedat, iar copiii sunt crescuți „de facto” de către alte rude.

* Conf. univ. dr., FȘJPA, Universitatea Spiru Haret; e-mail: roxanadpaun@yahoo.com.

Tergiversarea executării hotărârilor judecătorești privind plata pensiei alimentare – cazul Dinu vs. România și Franța – 4 noiembrie 2008¹.

Curtea examinând cazul, reține că reclamanta a obținut la 3 mai 1995 o hotărâre internă definitivă care dispunea ca fostul soț să plătească o pensie alimentară în beneficiul fiului lor minor. Deși începută la data de 20 iulie 1995, procedura prevăzută de Convenția de la New York, ordinul de exequatur nu a fost dat decât la 30 aprilie 2004, iar executarea silită a fost încheiată de instanța franceză competentă la data de 27 noiembrie 2006. Curtea a sesizat întârzieri în transmiterea corespondenței imputabile autorităților române, iar instanța franceză a completat cu o înclinare considerată „a nu fi rezonabilă”, dosarul de exequatur sau cererile repetate de documente, pe care reclamanta a reamintit în multe rânduri, că acestea fuseseră trimise.

Lipsa totală de comunicare între ministerul francez și român pe de o parte și reclamantă pe de altă parte, între anii 1999 și septembrie 2001 este constatată de către instanță, care a apreciat că cele două state prin intermediul organelor lor de specialitate competente, nu au depus toate eforturile pentru a asigura executarea cu celeritate a hotărârilor judecătorești favorabile reclamantei.

S-a constatat astfel încălcarea art. 6 par. 1 din convenție de către România și Franța².

Jurisprudența CEDO în sfera de aplicare a art. 8³ al Convenției Europene pentru Drepturile Omului în raport cu drepturile copilului este diversificată. Curtea Europeană reiterează cu toate ocaziile că instanțele naționale sunt chemate ca la analiza cazurilor concrete să dea întotdeauna prioritate intereselor copilului.

Încălcarea copiilor – cazul Ignaccolo- Zenide vs. România – 25 martie 2000⁴.

Reclamanta susține că autoritățile române nu au luat măsurile adecvate pentru asigurarea executării rapide a hotărârilor judecătorești pronunțate și pentru a favoriza întoarcerea fiicelor lângă ea cu încălcarea art. 8 din Convenție.

În urma căsătoriei încheiate în mai 1980 au rezultat doi copii născuți în 1981 și 1984, divorțul soților români s-a încheiat în 1989 la Tribunalul Bar-le-Duc, în Franța. Conform tranzacției încheiate între părinți, autoritatea parentală asupra minorilor era atribuită tatălui, reclamanta beneficiind de dreptul de vizitare și găzduire. În 1990, tatăl se stabilește împreună cu fiicele în SUA, urmând procedura judiciară în SUA și în Franța cu privire la dreptul de acces la copii inclusiv condamnarea tatălui la pedeapsa cu închisoare pe un an, pentru nerespectarea hotărârilor judecătorești privind minorii. Mandatul nu a putut fi executat, deoarece tatăl nu se afla pe teritoriul francez. Între timp acesta a părăsit SUA în martie 1994, revenind în România împreună cu fiicele sale. În iulie 1994, invocând Convenția de la Haga cu privire la aspectele civile ale răpirii internaționale de copii adoptată la 25 octombrie 1980, autoritatea centrală franceză competentă – Ministerul Justiției solicită înapoierea copiilor. În noiembrie 1994 autoritatea centrală din SUA competentă cere Ministerului Justiției din România înapoierea copiilor, conform art. 3 și 5 din Convenția de la Haga.

Examinând cauza, Curtea constată că:

– nimeni nu a negat faptul că trebuie analizat dreptul la viața de familie în sensul textului Convenției, prin urmare trebuie stabilit dacă a existat sau nu o încălcare a acestuia. Art. 8 din Convenție apără individul împotriva ingerințelor arbitrare din partea autorităților publice, dar implică de asemenea unele obligații pozitive inerente „respectării efective a vieții de familie”.

În ambele situații trebuie luat în considerare raportul între interesul persoanei și cel al societății;

– autoritățile naționale se străduiesc să faciliteze reluarea conviețuirii cu minorii care au locuit un timp cu celălalt părinte, dar ținând cont de „interesele superioare” ale copilului și de drepturile sale stipulate în art. 8 din Convenție, acestea sunt obligate să intervină în favoarea copilului. Astfel, dacă contactele cu părinții riscă să amenințe aceste interese sau să încalce drepturile respective, autoritățile naționale trebuie să vegheze la stabilirea unui raport de proporționalitate între ele;

– obligațiile pozitive impuse de art. 8 din Convenție în materie de reunire a unui părinte cu minorii trebuie interpretate în lumina Convenției de la Haga din 1980 privind aspectele civile ale răpirii internaționale.

Procedurile legate de exercitarea autorității părintești inclusiv executarea hotărârilor pronunțate necesită urgență deoarece trecerea timpului poate avea consecințe ireparabile asupra relațiilor dintre copii și părintele care nu locuiește cu ei.

¹ Igor Dolea, Victor Zaharia, *Jurisprudența CEDO și interesele copilului*, Cartea juridică, Institutul de reforme penale, Moldova, ISBN 978-9975-80-619-0, p. 87-89.

² Art. 6 par. (1) Orice persoană are dreptul la judecarea în mod echitabil, în mod public și într-un termen rezonabil a cauzei sale, de către o instanță independentă și imparțială, instituită de lege, care va hotărî fie asupra încălcării drepturilor și obligațiilor sale cu caracter civil fie asupra temeiniciei oricărei acuzații în materie penală îndreptate împotriva sa. Hotărârea trebuie să fie pronunțată în mod public, dar accesul în sala de ședință poate fi interzis presei și publicului pe întreaga durată a procesului sau a unei părți a acestuia în interesul moralității, al ordinii publice ori al securității naționale într-o societate democratică, atunci când interesele minorilor sau protecția vieții private a părților la proces o impun sau în măsura considerată absolut necesară de către instanță, atunci când, în împrejurări speciale, publicitatea ar fi de natură să aducă atingere intereselor justiției.

³ Art. 8. par. (1) Orice persoană are dreptul la respectarea vieții sale private și de familie, a domiciliului său și a corespondenței sale.

2. nu este admis amestecul unei autorități publice în exercitarea acestui drept decât în măsura în care acest amestec este prevăzut de lege și dacă constituie o măsură care, într-o societate democratică, este necesară pentru securitatea națională, siguranța publică, bunăstarea economică a țării, apărarea ordinii și prevenirea faptelor penale, protejarea sănătății sau a moralei, ori protejarea drepturilor și libertăților altora.

⁴ *Idem* 1, p 92-96.

Folosirea ordonanței președințiale este dovada sesizării în procedură de urgență a autorităților judecătorești și administrative în vederea reîncredințării minorului. Orice lipsă de acțiune care durează mai mult de șase săptămâni îndreptățește statul solicitant, conform art. 11 din Convenția de la Haga să ceară explicații cu privire la motivele întârzierii.

Curtea nu are sarcina de a examina dacă sistemul de drept intern permite adoptarea unor sancțiuni eficiente împotriva tatălui, ci are doar sarcina de a examina dacă măsurile adoptate de către autoritățile române au fost adecvate și suficiente.

După analiza situațiilor de fapt și de drept cu care instanța a fost sesizată, Curtea constată că autoritățile nu au adoptat măsurile adecvate pentru asigurarea înapoierii minorilor reclamantei prevăzute de art. 7 din Convenția de la Haga, concluzionând că acestea nu au depus eforturile adecvate și suficiente pentru a impune respectarea drepturilor reclamantei de a-i fi înapoiate minorele, ignorând astfel dreptul la respectarea vieții de familie, garantat de art. 8 din Convenția Europeană.

Cu referire la cele două aspecte prezentate din jurisprudența CEDO în materia instituției „pensiei alimentare”, cât și cea privind „încredințarea copiilor” în urma unui divorț sunt importante și demn de prezentat „drepturile de custodie ale unui părinte divorțat asupra copiilor săi, respectarea termenului rezonabil”.

„Drepturile de custodie ale unui părinte divorțat asupra copiilor săi, respectarea termenului rezonabil” – cazul Săileanu vs. România – 2 februarie 2010⁵.

Reclamantul consideră că durata procedurii privind acțiunea sa de divorț și acordarea custodiei copiilor săi a fost nerezonabil de lungă. În 1994 reclamantul s-a căsătorit cu o resortisantă americană cu care a avut doi copii. Acesta a părăsit SUA după obținerea consimțământului scris al soției sale, pentru ca fiica să părăsească țara împreună cu tatăl său. Reclamantul susține că soția sa împreună cu fiica mai mică trebuia să îi urmeze în România, cu intenția de a se stabili aici.

În 2002 Ministerul Justiției informează Judecătoria București sesizată cu o acțiune de divorț și de acordare a custodiei copiilor introdusă de reclamant că, la cererea mamei copiilor din aprilie 2002 autoritatea competentă din SUA pentru aplicarea Convenției de la Haga privind răpirile internaționale solicită autorităților Române înapoierii fiicei mai mare a reclamantului mamei sale în SUA.

În ianuarie 2004, Judecătoria admite acțiunea de divorț și pronunță divorțul. Cererea de acordare a custodiei a celor doi copii este declarată inadmisibilă în temeiul art. 16 din Convenția de la Haga. Instanța consideră că nu se poate pronunța cu privire la acordarea custodiei copiilor înainte de a soluționa cererea mamei copiilor adresată instanțelor Americane privind răpirea internațională.

În hotărârea sa Curtea consemnează necesitatea analizei circumstanțelor cauzei în luarea deciziei privind caracterul rezonabil al duratei unei proceduri. Durata excesivă a acestora este analizată cu respectarea dreptului la viața de familie. Având în vedere miza acestei cauze pentru reclamant, respectiv divorțul și încredințarea copiilor art. 6 par.1, obligă instanțele interne să acționeze cu o diligență deosebită pentru a garanta desfășurarea rapidă a procedurii. Curtea ia act de faptul că în 2004 și 2005, la mai mult de trei ani de la introducerea acțiunii, Curtea de Apel București și Tribunalul București sesizate în urma unei hotărâri de declinare de competență au ținut doar trei ședințe pe an. În cursul acestei perioade cauza a fost amânată din motive de procedură, din cauza unei modificări legislative care viza competența materială a instanțelor, iar datele pentru ședințe au fost fixate la interval de cinci luni. Durata procedurii în litigiu este cu atât mai excesivă cu cât concluzia, după cinci ani, a fost că acestea nu erau competente să soluționeze acțiunea introdusă de reclamant. Astfel, singura chestiune juridică soluționată de instanțele interne a fost cea a competenței lor fapt care nu justifică o asemenea durată.

Voința copiilor minori este astfel „literă de lege”, CEDO stabilind că înapoierea copiilor la tată, împotriva voinței acestora, este o încălcare a art. 8 din Convenție⁶.

O decizie din februarie 2016 a Curții Europene a Drepturilor Omului „face lumină” într-o situație de drept, dar și socială, care a creat probleme tuturor părților implicate într-o astfel de cauză (instanță, apărători și părți), și anume: stabilirea domiciliului – iar, în unele cazuri, chiar a autorității părintești – unor copii minori, în situația în care unul dintre părinți a decedat, iar copiii sunt crescuți „de facto” de către alte rude.

Cauza N.T.S. și alții împotriva Georgiei, cererea nr. 71776/12, soluționată de către CEDO, reprezintă un precedent care poate fi aplicat și – trebuie – luat în considerare și de către instanțele românești, despre care se știe că în anumite spețe ce privesc dreptul familiei aplică, de cele mai multe ori, principiul potrivit căruia „copiii trebuie dați părintelui care este în viață, indiferent dacă voința acestora ar fi alta” – renumita cutumă „cum să crească copiii cu bunica, dacă unul dintre părinți este în viață?”.

⁵ *Idem* 1, p. 106-108.

⁶ <https://www.avocatura.com/stire/14629/vointa-copiilor-minori-litera-de-lege-cedo-a-stabilit-ca-inapoierea-copiilor-la-.html#ixzz5iXdSRWXR>.

Așadar, în cauza menționată, Curtea Europeană a constatat că a existat o încălcare a articolului 8 (dreptul la respectarea vieții private și de familie) din Convenția Europeană a Drepturilor Omului, prin faptul că instanțele georgiene au dispus înapoierea celor trei copii minori tatălui, chiar dacă aceștia au refuzat vehement să se mute cu el. Curtea a mai stabilit că o astfel de măsură radicală, fără a ține seama de o tranziție adecvată, a fost în contradicție cu interesul superior al copiilor.

În fapt, reclamanții (mătușa și cei trei copii minori) au solicitat Curții să dispună constatarea încălcării dispozițiilor art. 8 din Convenție de către instanțele naționale, care au decis luarea copiilor din grija mătușii și înapoierea către tatăl lor, după ce acesta a urmat un tratament pentru dependența de droguri, și plata unor daune morale ca urmare a traumelor suferite de cei trei minori, care au refuzat categoric să locuiască cu părintele în viață.

Astfel, după moartea mamei lor, în noiembrie 2009, băieții au locuit cu reclamanta (mătușa) și bunicii lor (părinții mamei). La acea vreme, tatăl lor urma un tratament pentru dependența de droguri, el fiind condamnat anterior pentru consum de droguri. La începutul anului 2010, tatăl a introdus o acțiune în instanță pentru înapoierea fiilor săi.

Luând în considerare cel mai recent raport medical, instanța a concluzionat că acesta era apt să reia responsabilitățile părintești. În același timp, **instanța a respins raportul asupra stării psihologice a copiilor, care constată că aceștia manifestau anxietate de separare și o atitudine negativă față de tatăl lor și recomanda să nu fie făcută nicio schimbare în mediul lor de viață.**

În cadrul procedurii de apel ulterioare, formulate de către familia mamei, reprezentanții Serviciilor Sociale au participat în calitate de „parte interesată”. Instanța de apel a anulat decizia și a dispus ca minorii să rămână cu familia mamei dar Curtea Supremă de Justiție, în octombrie 2011, a trimis cauza spre reexaminare. În luna februarie 2012, instanța de apel a revenit asupra deciziei sale și a concluzionat că minorii ar trebui să locuiască cu tatăl lor. Calea de atac împotriva acestei decizii, formulată de mătușă și bunici, a fost respinsă de către Curtea Supremă de Justiție în mai 2012. Cu toate acestea, decizia a rămas neexecutată, băieții refuzând să se mute cu tatăl lor.

Cât privește aprecierea CEDO referitor la problemele de Drept ridicate de prezenta cauză, Curtea consideră că cei trei copii nu au avut un sprijin real din partea instituțiilor Statului, care ar fi trebuit să protejeze, în primul rând, interesul superior al minorilor, deoarece în timp ce Serviciile Sociale au fost desemnate pentru a reprezenta interesele copiilor în temeiul Codului Civil, **este ambiguu ce implica exact reprezentarea, deoarece legislația relevantă nu preciza funcțiile și atribuțiile reprezentantului.** Mai mult, în timpul perioadei de mai bine de doi ani cât au durat procedurile în cazul reclamanților, reprezentanții Serviciilor Sociale s-au întâlnit cu băieții doar de câteva ori pentru a întocmi raportul cu privire la condițiile lor de viață și starea lor emoțională, fără a menține un contact regulat pentru a monitoriza băieții și a stabili o relație de încredere cu ei.

Mai mult, Curtea constată că **instanțele judecătorești naționale nu au acordat o atenție adecvată faptului că băieții nu au vrut să se întoarcă la tatăl lor.** Oricare ar fi fost rolul manipulator al familiei mamei (potrivit unor rapoarte), dovezile în fața instanțelor naționale cu privire la atitudinea ostilă a băieților față de tată sunt lipsite de ambiguitate. Mai mult decât atât, au existat mai multe rapoarte ale psihologilor care avertizau cu privire la potențialele riscuri pentru sănătatea psihologică a băieților, dacă aceștia ar fi fost înapoiți cu forța la tatăl lor.

Prin urmare, **Curtea a concluzionat că, în urma deciziilor eronate luate, exacerbate de o apreciere inadecvată a interesului băieților, a avut loc o încălcare a articolului 8 și a obligat Georgia să plătească reclamanților 10.000 de euro cu titlu de daune morale.**

Concluzii: Drepturile copilului, așa cum sunt ele stipulate în legislația românească, pot fi grupate în trei mari grupe, în funcție de rolul lor: drepturi de protecție, drepturi de dezvoltare și drepturi de participare. Drepturile de protecție se referă la legislația care protejează copii împotriva unor situații de risc (ex. transferul ilegal în străinătate, violența, abuz sau neglijare din partea părinților sau a îngrijitorilor săi, abuz sexual sau de altă natură, implicarea în traficul de substanțe ilicite și traficul de copii). Protecția legislativă se aplică și în cazul copiilor aflați în situații vulnerabile: copii refugiați, copii cu dizabilități, copii aparținând minorităților naționale, precum și copii aflați în zone de conflict armat. Justiția protejează și relațiile copilului cu familia. Copiii au dreptul să-și cunoască părinții, să fie îngrijiți de ei. Copiii nu pot fi separați de aceștia în mod abuziv.

Copiii au dreptul să fie protejați împotriva: • oricăror forme de violență, abuz, rele tratamente sau neglijență (art. 85); • transferului ilicit în străinătate și a nereturnării (art. 99); • exploatarii economice (art. 87); • exploatarii sexuale și a violenței sexuale (art. 99); • folosirii ilicite de stupefiante și substanțe psihotrope (art. 88); • răpirii și traficării în orice scop și sub orice formă (art. 99); • pedepselor fizice sau altor tratamente umilitoare ori degradante (art. 28 și 90); • lipsirii, în mod ilegal, de elementele constitutive ale identității sale sau de unele dintre acestea (art. 8.5); • copilul este înregistrat imediat după naștere și are de la această dată dreptul la un nume, dreptul de a dobândi o cetățenie și, dacă este posibil, de a-și cunoaște părinții și de a fi îngrijit, crescut și educat de aceștia (art. 8.2).

Se acordă protecție specială: • copiilor refugiați (art. 72); • copiilor cu dizabilități (art. 46); • copiilor aparținând unei minorități naționale, etnice, religioase sau lingvistice (art. 27); • copiilor aflați în zone de conflict armat (art.

76.); • copiilor neînsoțiți de părinți sau de un alt reprezentant legal ori care nu se găsesc sub supravegherea legală a unor persoane (art. 19); • copiilor care au săvârșit o faptă penală și nu răspund penal (art. 80)

In relația cu părinții, copiii au dreptul: • de a-și cunoaște părinții și de a fi îngrijiți și educați de aceștia (art. 8.2 și art. 30) • de a nu fi separați de părinți împotriva voinței acestora, cu excepția cazurilor expres și limitativ prevăzute de lege (art. 33) • la protecție alternativă (art. 39) • de a menține relații personale și contacte directe cu părinții, rudele, precum și cu alte persoane față de care copilul a dezvoltat legături de atașament (art. 14).

2. Drepturile de dezvoltare se referă la acea legislație care le permite copiilor să-și dezvolte personalitatea, talentele, abilitățile mentale și fizice. Copiii au drepturi de dezvoltare intelectuală, precum dreptul la educație, drepturi medicale, ca dreptul la îngrijiri medicale, dreptul la asistență socială și dreptul la joacă. Părinții, sunt responsabili pentru asigurarea dezvoltării normale a copilului. Statul trebuie să ajute părinții în această sarcină prin furnizarea unor facilități precum școli, spitale și alte instituții similare.

Copiii beneficiază de următoarele **drepturi de dezvoltare**: • Copiii au dreptul de a primi o educație care să le permită dezvoltarea, în condiții nediscriminatorii, a aptitudinilor și personalității lor (art. 47). • Copiii au dreptul să crească alături de părinții lor (art. 30). Ambii părinți sunt responsabili pentru creșterea copiilor lor (art. 31). • Copiii au dreptul de a se bucura de cea mai bună stare de sănătate pe care o pot atinge și de a beneficia de serviciile medicale și de recuperare necesare pentru asigurarea realizării efective a acestui drept (art. 43). • Copiii au dreptul de a beneficia de un nivel de trai care să le permită dezvoltarea fizică, mintală, spirituală, morală și socială (art. 44). • Copiii au dreptul de a beneficia de asistență socială și de asigurări sociale (art. 45). • Copiii au dreptul la odihnă și vacanță (art. 49).

3. Drepturile de participare le acordă posibilitatea copiilor să aibă un cuvânt de spus în privința vieții lor. Ei pot astfel să își exprime părerile, să discute problemele pe care le consideră importante, și să caute și să primească informații relevante pentru ei. În unele cazuri, legislația națională permite în mod explicit copiilor să aibă un cuvânt de spus după o anumită vârstă (de exemplu, copiii pot să-și aleagă propria religie la vârsta de 16 ani).

În conformitate cu legislația română, copilul în vârstă de peste 10 ani trebuie să fie consultat în toate procedurile juridice și administrative care îl privesc. Cu cât copilul avansează în vârstă, cu atât mai multe drepturi participative va avea.

Copiii au dreptul:

- să-și exprime liber opinia asupra oricărei probleme care îi privește (art. 24);
- să fie ascultați în toate procedurile care îi privesc (art. 24); • dreptul de a fi ascultat îi conferă copilului posibilitatea de a cere și de a primi orice informație pertinentă, de a fi consultat, de a-și exprima opinia și de a fi informat asupra consecințelor pe care le poate avea opinia sa, dacă este respectată, precum și asupra consecințelor oricărei decizii care îl privește. (art. 24.3). • la libertatea de exprimare (art. 23); • la libertatea de gândire, de conștiință și de religie (art. 25); • la libera asociere în structuri formale și informale, precum și libertatea de întrunire pașnică, în limitele prevăzute de lege (art. 26); • la protejarea imaginii lor publice și a vieții lor intime, private și familiale (art. 22); • să depună singuri plângeri referitoare la încălcarea drepturilor lor fundamentale (art. 29 alin. 1); • copilul aparținând unei minorități naționale, etnice, religioase sau lingvistice are dreptul la viața culturală proprie, la declararea apartenenței sale etnice, religioase, la practicarea propriei sale religii, precum și dreptul de a folosi limba proprie în comun cu alți membri ai comunității din care face parte (art. 27.1); • la împlinirea vârstei de 14 ani, copilul poate cere încuviințarea instanței judecătorești de a-și schimba felul învățaturii și al pregătirii profesionale (art. 47.3); • să conteste modalitățile și rezultatele evaluării și de a se adresa în acest sens conducerii unității de învățământ, în condițiile legii (art. 48.3).

În privința drepturilor universale ale copilului, Convenția privind Drepturile Copilului, adoptată la 20 noiembrie 1989 de către Adunarea Generală a Națiunilor Unite, încorporează, mai mult decât oricare alt document, întreg spectrul drepturilor omului – civile, politice, economice, sociale și culturale și prevede o dezvoltare completă a potențialului copilului într-o atmosferă de libertate, demnitate și justiție.

În România autoritățile publice, organismele private autorizate, precum și persoanele fizice și persoanele juridice responsabile de protecția copilului sunt obligate să respecte și să garanteze drepturile copilului stabilite prin Constituție și lege, în concordanță cu prevederile Convenției Organizației Națiunilor Unite cu privire la drepturile copilului, ratificată prin Legea nr. 18/1990, republicată, și ale celorlalte acte internaționale în materie, la care România este parte. Mai mult, există și o linie telefonică gratuită pentru protecția copilului (sponsorizată de Telekom) 0800-8-200-200 ce oferă sprijin și consiliere pentru părinți și copii.

În urma aspectelor prezentate considerăm oportun a sublinia faptul că „interesul superior al copilului” în materia instituțiilor prezentate mai sus și extrase din jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului constituie o prioritate acordată la nivel de principii jurisprudențiale, care asociate cu circumstanțele specifice aferente, cu principiile generale de interpretare și aplicare a convenției trebuie să aibă prioritate.

Toți copiii sunt egali, fără discriminare, indiferent de rasă, culoare, sex, naționalitate sau etnie, limbă, religie, opinii politice, stare materială sau poziție socială, disabilități din naștere sau de orice alt fel.

Garantarea protecției dreptului la viața de familie, la beneficiul unei educații și formării armonioase a personalității copilului – reprezintă principii ferme pe care, atât deciziile instanțelor din România cu privire la custodia asupra copiilor și păstrarea relațiilor personale, cât și a celor date de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului în materia „drepturilor copilului” – este respectată cu sfințenie, numai în interesul superior al copilului.

Numai astfel, ocrotind și apărând drepturile tuturor copiilor prin intermediul instrumentelor juridice naționale, europene și internaționale, putem considera că întreaga comunitate internațională militează în prezent în scopul asigurării pentru viitor a unor generații capabile să se conecteze cu prioritate la valoarea umanității, la viața și armonia universului.

Dincolo de orice dificultate sau impediment major în a asigura tinerei generații o copilărie liniștită, apărută de orice risc, familia, instituțiile competente ale statului și școala sunt direct răspunzători de evoluția viitorului fiecărei țări, prin educația pe care o primesc, corelată cu tradițiile, obiceiurile și toate valorile care mențin o națiune în rândul civilizațiilor evaluate ale planetei.

DEFINIȚIA INVESTIȚIEI INTERNAȚIONALE ÎN HOTĂRĂRI ARBITRALE. INSUFICIENȚA PREVEDERILOR DREPTULUI INTERN ÎN MATERIE

Definition of International Investment in Arbitration Judgments. Insufficiency of Domestic Law Provisions in The Matter

Cristina Elena POPA TACHE*

Rezumat: *Jurisprudența nu conferă o abordare uniformă. Nu întotdeauna practica elocventă are la bază regulile ICSID, deși este demn de menționat că activitatea ICSID și cazurile soluționate de acest Centru au acoperit aspecte importante ale dreptului internațional al investițiilor și mai ales problema definiției investiției. În paralel, interpretarea definiției tipice a investițiilor constatate în BITs a determinat o serie de state, atât dezvoltate, cât și aflate în curs de dezvoltare, să definească investițiile cu mai multă claritate și detalieri în acordurile internaționale. Aproape toate statele au propria lor legislație privind domeniul investițiilor străine; există un mare număr de acte normative străine care reglementează investițiile străine, fiecare dintre aceste acte reflectând situația economică a fiecărui stat, atitudinea acestora față de importul de capital, strategiile adoptate pentru atragerea, menținerea acestor investiții și a relațiilor investiționale și, totodată, pentru promovarea politicii naționale față de investițiile străine.*

Cuvinte-cheie: *arbitraj, investiții străine, definiția investiției internaționale, tratate.*

Abstract: *Jurisprudence does not give an uniform approach. Not always the eloquent practice is based on the ICSID rules, although it is worth mentioning that ICSID's work and the cases solved by this Center have covered important aspects of international investment law and, in particular, the issue of investment definition. In parallel, interpreting the typical investment definition found in BITs has prompted a number of developed and developing countries to define investments with greater clarity and detail in their international agreements. Almost all the states have their own foreign investment legislation; there are a large number of foreign normative acts regulating foreign investments, each of these documents reflecting the economic situation of each state, their attitude to capital imports, the strategies adopted for attracting, maintaining these investments and investment relations and, at the same time, promoting national policy towards foreign investment.*

Keywords: *arbitration, foreign investment, definition of international investment, treaties.*

Preliminarii

După cum vom vedea, termenul *investiție* este un concept de bază utilizat în orice tratat de investiții și, prin urmare, este important să înțelegem ramificațiile acestuia¹. Diferite dicționare și publicații conțin definiții ale investiției. De exemplu, *Encyclopedia of Public International Law* din 1985 (vol. 8, p. 246) definește investiția străină ca fiind un „transfer de fonduri sau materiale dintr-o țară (numită țară exportatoare de capital) într-o altă țară (numită țară gazdă) în schimbul unei participări directe sau indirecte la profiturile acelei întreprinderi”. În România, este de așteptat ca volumul Enciclopediei Juridice Române care va cuprinde litera I, în curs de apariție, să conțină, la propunerea mea, definiția dată investiției internaționale sau, cel puțin, volumul care va cuprinde litera R să conțină definiția raportului juridic investițional.

În timp ce unii autori² analizează definiția investițiilor prin raportare la complexitatea și interconectarea lor, la terminologia și conceptul acestora, ori la modul în care aceasta se regăsește în dreptul internațional, în instrumentele internaționale, în Convenția ICSID³, în jurisprudență, ori la definiția dată de WTO⁴, alți autori consideră că, în general, discuțiile au în vedere dimensiunile procedurale sau tranzacționale și, câteodată, bunul respectiv caracterizat ca investiție, termenul de „investiție” fiind un concept basic utilizat diferit în dreptul intern, în contracte și în tratatele internaționale, creându-se în acest mod diferențe privind conformarea și respingerea protecției juridice a acelui activ sau tranzacție. Avocații, arbitrii, economiștii, finanțatorii și managerii pot defini conceptul de investiții în moduri diferite⁵.

* Doctor în drept și cercetător științific asociat în cadrul Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române; asociat în cadrul Chartered Institute of Arbitrators; arbitru și mediator în cadrul Vienna International Arbitral Centre și membru în ArbitralWomen; e-mail: cristina@adrlegal.ro.

¹ J.W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, Oxford International Law Library 2013, p. 19.

² R. Dolzer, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press (OUP), Second edition, 2012, pp. 60-76.

³ Centrul Internațional pentru Reglementarea Referendelor privind Investițiile – marcat în acest studiu prin acronimul ICSID.

⁴ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, Cambridge University Press, 2010, p. 267.

⁵ J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, OUP 2014, p. 4.

Definiția investiției internaționale în hotărâri arbitrale

Jurisprudența nu conferă o abordare uniformă. Pentru a dezvolta această analiză, sunt supuse observației o serie de cazuri în care s-au pronunțat decizii relevante. Trebuie menționat că nu întotdeauna practica elocventă are la bază regulile ICSID, deși este demn de menționat că activitatea ICSID și cazurile soluționate de acest Centru au acoperit aspecte importante ale dreptului internațional al investițiilor și mai ales problema definiției investiției⁶. Cu predilecție, contenciosul a avut în vedere definiția investiției promovată în convențiile internaționale. Un exemplu des întâlnit și elocvent pentru distincția dintre o vânzare și o investiție decizia din *Romak c. Uzbekistan* (Decizia din 26 noiembrie 2009). Litigiul a avut la bază regulile UNCITRAL (deci nu ICSID), și a considerat că termenul „investiție” într-un BIT⁷ trebuie să aibă un înțeles propriu. S-a argumentat că tribunalul s-a referit la definiția ilustrativă prevăzută în tratatul aplicabil și, de asemenea, la încheierea unui acord comercial în aceeași zi în care tratatul a fost semnat. Pentru a identifica semnificația investiției, tribunalul s-a îndreptat spre *Black's Law Dictionary*, însă ulterior a decis să impună trei criterii: contribuția, durata și riscul. În acest context, tribunalul a presupus că părțile sunt libere să definească o investiție în orice fel doresc. În cele din urmă, tribunalul, prin decizia pronunțată, a examinat cele trei criterii și a decis că vânzările de grâu (la care făcea referire disputa) nu au satisfăcut niciuna dintre ele.

Alte cazuri semnificative pentru definirea investiției internaționale sunt cele în care s-au pronunțat următoarele decizii: decizia din 15 aprilie 2009 în *Phoenix c. Republica Cehă*, decizia din 7 aprilie 2011 în *Malicorp c. Egipt*, decizia din 1 decembrie 2010 în *Global Trading c. Ucraina*, decizia din 10 iulie 2010 în *Fakes c. Turcia*, decizia din 23 iulie 2001 în *Salini c. Maroc*, decizia din 17 mai 2007 în *Malaysian Historical Salvors c. Malaesia*, decizia din 6 august 2004 în *Joy Mining c. Egipt*, decizia din 6 august 2003 în *SGS c. Pakistan*, decizia din 11 iulie 1997 în *Fedax c. Venezuela* etc.

În cadrul convenției ICSID, jurisprudența tribunalelor arbitrale a precizat criteriile ce permit să se definească investiția – care presupune o anumită durată, o anumită regularitate în materie de profituri și de plus valoare, o asumare de risc și contribuție la dezvoltarea economică a statului teritorial. Este o soluție pronunțată în cazul *Fedax c. Venezuela* (Decizie asupra competenței, 11 iulie 1997), caz în care, pentru prima dată, problema definiției a fost invocată în fața unui tribunal ICSID de către partea pârâtă pentru a contesta competența Centrului în raport de art. 25 al Convenției de la Washington⁸. În legătură cu acest ultim aspect, tribunalul a subliniat faptul că operațiunea efectuată de statul Venezuela, o emisie de bilete la ordin, răspunde la calificarea de investiție, de vreme ce ea se caracterizează printr-o anumită durată, o regularitate în materie de profit și de beneficiu, o anumită asumare de riscuri, un angajament substanțial și un anumit interes pentru dezvoltarea statului de acces. Aceeași soluție a fost adoptată într-un alt caz (*Salini Costruttori Spa și Italstrade Spa c. Regatului Marocului*, decizie asupra competenței din 23 iulie 2001). A fost pusă în discuție Convenția bilaterală de promovare și de protecție a investițiilor între Italia și Maroc în legătură cu executarea de obiective pe piața lucrărilor publice. Competența tribunalului a fost contestată, invocându-se de partea pârâtă că executarea acestor lucrări nu întrunește elementele constitutive ale unei investiții. Tribunalul a trebuit să decidă dacă în realitate există o operațiune de investiții potrivit art. 1 al Convenției Italo-Marocane, cât și potrivit art. 25 al Convenției de la Washington. Tribunalul a decis că, în noțiunea de investiție, convenția menționată include orice drept la o prestație contractuală cu o valoare economică, executarea de lucrări publice intrând în acest cadru juridic. De asemenea, Tribunalul arbitral invocând lacunele art. 25 al Convenției de la Washington și fundamentat pe opinii ale doctrinei juridice a constatat că investiția combină aporturile cu o durată minimală de executare, o participare la riscurile operațiunii și o contribuție la dezvoltarea statului gazdă. Elementele menționate erau întrunite de investiția și lucrările efectuate în Maroc. Menționăm că mai multe tribunale arbitrale au refuzat calificarea ca investiție unor operațiuni care potrivit instanței, nu sunt însemnate pentru economia națională⁹. Un număr însemnat de decizii pronunțate în cazuri având ca obiect dispute născute din aplicarea unui anumit tratat privind investițiile, au interpretat și câțiva dintre termenii obișnuiți constatați în acordurile internaționale, cum ar fi cerința ca investiția să fie făcută în conformitate cu legile și reglementările statului-gazdă.

⁶ Tribunalul, în *CSOB c. Slovak Republic*, a observat: „Această declarație [în raportul directorilor executivi ICSID] indică, de asemenea, că investiția, ca și concept, ar trebui să fie interpretată în sens larg, deoarece autorii Convenției nu au impus nicio restricție privind sensul său”. *Ceskoslovenska Obchodni Banka AS (CSOB) c. The Slovak Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, 24 mai 1999, alin. 64.

⁷ Tratat bilateral privind investițiile – BIT.

⁸ Tribunalul a subliniat că, în precedent, în cazurile *Kaiser Bauxite c. Jamaica* și *Alcoa Mineral c. Jamaica*, problema definiției investiției a fost corect ridicată și soluționată însă aceasta la inițiativa arbitrilor înșiși în cadrul verificării competențelor lor, și nu la inițiativa uneia dintre părți pentru a contesta competența tribunalului *ratione materiae*, calificarea de investiție dată de către partea reclamantă biletelor la ordin (*promissory notes*) emise de Venezuela în baza legii sale referitoare la Creditul Public. Tribunalul a procedat la o dublă operațiune, pe de-o parte, ca să stabilească dacă biletele la ordin sunt constitutive, respectiv considerate drept investiție, în sensul în care se stipula în articolul 1 al Convenției între Olanda și Venezuela, răspunsul fiind afirmativ dată fiind definiția extensivă din această convenție, iar pe de altă parte, să constate în ce măsură documentul comercial (înscrisul comercial) în cauză putea fi considerat o investiție în sensul art. 25 al Convenției de la Washington. Tribunalul arbitral a concluzionat că biletele la ordin constituie de asemenea o investiție, nefiind vorba de un montaj financiar pornit de la capitaluri volatile.

⁹ ICSID, Comitetul ad-hoc, Decizia de anulare din 1 noiembrie 2006, *Patrick Mitchell c. RDC*, pp. 25-33, 39; 17 mai 2007 sentință, *Malaysian Historical Salvors c. Malaesia*, pp. 125-144.

Unele tribunale arbitrale, considerând că în Convenția ICSID din 1965 nu a fost inclusă o definiție strict obiectivă a investiției, manifestă reticență în ce privește posibilitatea și dreptul lor ca, în anumite dispute, să impună o definiție susceptibilă să se aplice în toate cazurile și în toate scopurile¹⁰.

Interpretarea definiției tipice a investițiilor constatate în BITs a determinat o serie de state, atât dezvoltate, cât și aflate în curs de dezvoltare, să definească investițiile cu mai multă claritate și detalieri în acordurile internaționale. Cu toate acestea, în contextul arbitrajului ICSID, există în mod cert și majoritar cerința ca investiția să îndeplinească atât criteriile de investiție în temeiul Convenției ICSID, cât și în temeiul acordurilor privind investițiile internaționale, nefiind specificat fără echivoc (ori în mod exact) dacă acele categorii de active pe care le-au convenit în acordurile internaționale privind investițiile vor trece și „testul” ICSID. Nu trebuie subestimată nici valoarea de investiție a lucrărilor preparatorii. ICSID, în lucrarea intitulată *Practice Notes for respondents in ICSID Arbitration*, din 2015, accentuează importanța lucrărilor preparatorii (*travaux préparatoires*) indicând: *Convenția de la Viena permite, de asemenea, o utilizare a travaux préparatoires ca mijloc suplimentar de interpretare. Prin urmare, este util ca ambele părți la tratat să aibă un set comun de lucrări pregătite în timpul negocierilor și să se asigure că acestea sunt disponibile în cazul în care vor apărea litigii în temeiul tratatului.* În continuarea aceluiași material, ICSID remarcă importanța unor tratate care să conțină suficiente reguli și reglementări privind interpretarea termenilor: *Elaborarea tratatului poate fi sprijinită prin consultarea unui jurist cu experiență în domeniul dreptului investițional și al arbitrajului pentru asigurarea că limba tratatului ia în considerare cele mai bune practici și cazurile recente care interpretează prevederile tratatului de investiții. Odată încheiat, tratatul trebuie implementat în conformitate cu procedurile naționale și internaționale. Aceasta se referă atât la ratificarea tratatului privind investițiile, cât și la adoptarea legislației interne de punere în aplicare, dacă este necesar. Statele trebuie să se asigure că au luat toate măsurile necesare pentru a respecta termenii tratatului.*

În cazul *Murphy Exploration and Production Company International c. Ecuador* (extracții de petrol și gaz natural), în opinia expertului profesor Vandeveld din 2013, se arată că „travaux préparatoires” trebuie să fie, în exprimarea tratatului aplicabil, materiale prezente în procesul de negociere și disponibile colectivului negociatorilor¹¹.

În opinia asupra cazului, apar și alte probleme interconectate, întâlnite tot atât de des în disputele privind investițiile internaționale, ca și interpretarea termenului „investiție”, una dintre aceste probleme fiind opțiunea „fork in the road (intersecția)”; regula se referă la o opțiune „exprimată ca un drept de alegere irevocabilă între diferitele sisteme jurisdicționale. Odată ce alegerea a fost făcută, nu există posibilitatea de a recurge la nicio altă opțiune”¹². Rezultă că, de multe ori, părțile aflate în dispută, pentru a acorda interpretarea pozitivă a termenului de «investiție», recurg la regula «fork in the road», în căutarea unui sistem jurisdicțional pe care să își fondeze pretențiile.

În concluzie, este de remarcat că termenul de „investiție” poate fi utilizat pentru a acoperi etapa de pre-instalare, faza de investiție post-stabilire sau ambele. În negocierile asupra încheierii și modificării tratatelor privind investițiile internaționale (fie acestea de tip BIT sau TIPs), părțile trebuie să includă clauze neechivoce de interpretare, de definire și de concept. Tratatul de investiții recente utilizează o abordare hibridă: Tratatul privind Carta Energiei (ECT) furnizează o listă de active echivalente cu termenul „investiție” care, în conformitate cu tratatul, se referă la orice investiție asociată cu o activitate economică în sectorul energetic, în timp ce NAFTA (în prezent abandonat în favoarea USMCA. La 30 noiembrie 2018, Canada, Statele Unite și Mexic au semnat noul Acord Canada-Statele Unite-Mexic în Summitul Liderilor G20 din Buenos Aires. Părțile vor întreprinde acum procesul lor intern în vederea ratificării și implementării USMCA) conexează activele enumerate în definiția sa de „investiție” în activități specifice unei întreprinderi.

Dreptul intern și definiția investiției străine în unele state

Aproape toate statele au propria lor legislație privind domeniul investițiilor străine; există un mare număr de acte normative străine care reglementează investițiile străine, fiecare dintre aceste acte reflectând situația economică a fiecărui stat, atitudinea acestora față de importul de capital, strategiile adoptate pentru atragerea, menținerea acestor investiții și a relațiilor investiționale și, totodată, pentru promovarea politicii naționale față de investițiile străine. De asemenea, există tendințe datorită procesului de dezvoltare pe plan mondial de integrare internațională și globalizare accentuată, dar și în schimbul reciproc de informații se conturează o anumită uniformizare conceptuală privind investițiile, îndeosebi a celor internaționale, atât la nivelul dreptului intern, cât și al doctrinei.

Se conturează două abordări legislative distincte în ce privește definirea conceptului de investiție străină. Astfel, în anumite legislații naționale, este formulată o definiție sintetică a noțiunii, iar în altele găsim doar o enumerare a acelor activități considerate a fi investiții străine.

¹⁰ *Biwater Gauff Tanzania Limited c. République Tanzanie*, p. 313, 24 iulie 2008, *Joy Mining c. Egipt*, pp. 51-52, 5 august 2004 și *LESI/Dipental c. Algeri*, p. 13, 10 ianuarie 2005.

¹¹ Expertul a decis în acest caz că: „Documentația pe care am revizuit-o până acum în această procedură nu este constituită *travaux* în ceea ce privește clauza *fork in the road* sau problema specifică a alegerii investitorului printre forurile arbitrale enumerate”.

¹² A se vedea *M.C.I. Power Group L.C. și New Turbine, Inc. c. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Decizia din 31 iulie 2007, par. 181.

România

În timp ce în majoritatea statelor a fost revizuită (a se vedea China care a promulgat în cursul acestei săptămâni o noua lege a investițiilor) recent (sau se află în curs de revizuire), legislația internă privind investițiile străine, și tratatele privind investițiile internaționale au sesizat inițiative modificatoare. Pe o scară evolutivă asemănătoare se situează și revizuirea politicilor privind investițiile, prin alinierea la principiile directe UNCTAD¹³.

În fața acestor mișcări de revizuire, România a ajuns la momentul în care trebuie să se bazeze pe o legislație cuprinzătoare, în care să se regăsească reglementări complete și armonizate cu dreptul internațional al investițiilor străine și în care să fie reglementate mai bine condițiile privind acordarea unor facilități¹⁴, în scopul predictibilității și preîntâmpinării disputelor, în special cele ce rezultă din interpretarea de reglementare. Orice refuz sau întârziere în domeniul reglementării legislative a acestui domeniu are efecte negative în aceeași măsură atât asupra statului român, cât și asupra investițiilor internaționale, întrucât *cadrul juridic național pentru investiții este rezultatul acțiunilor legislative și de reglementare ale statelor în mod individual și întrucât cadrul contractual rezultă din negocierile dintre state și investitori, precum și în rândul investitorilor, cadrul juridic internațional a crescut prin acorduri și alte practici pe care statele le-au dezvoltat între ele*¹⁵.

Statul român trebuie să se bazeze pe reglementări neechivoce sau determinate cu exactitate în ceea ce privește: obiectivele de reglementat (protecția investitorului, dezvoltarea economică, crearea locurilor de muncă, transferul de tehnologie, dezvoltarea socială, protecția mediului sau dezvoltarea sustenabilă), scopul și definițiile (excluderile, scopul temporar, definiția investitorului, definiția investiției sau prevederi suficiente și exacte privind contractele de concesiune), condițiile de intrare (admiterea, libertatea de stabilire, restricțiile sectoriale, securitatea națională, ordinea publică, protecția mediului, sănătatea publică, restricțiile privind dobândirea proprietății asupra terenurilor, cerințele minime de performanță), înregistrarea și autorizarea, drepturile și garanțiile acordate investitorului (tratamentul național și excepțiile, tratamentul corect și echitabil, clauza națiunii celei mai favorizate, exproprierea directă sau indirectă precum și condițiile sale, compensarea, transferul liber de capital, intrarea și șederea personalului străin, accesul la finanțele locale, clauza de stabilizare), obligațiile investitorului (respectarea legislației interne, obligațiile fiscale și cele privind dreptul muncii, responsabilitatea socială a corporațiilor, contabilitatea și declarațiile fiscale), promovarea și facilitarea (stimulentele acordate investițiilor sau facilitățile), precum și reglementări suficiente privind modul de soluționare a disputelor (soluționarea disputelor la nivel teritorial național, arbitrajul internațional și alternativele la arbitraj, forumuri interne versus forumuri internaționale). Nici noțiunile referitoare la regulile instituționale nu sunt suficiente (autoritatea în domeniu, agențiile de promovare a investițiilor și *one stop shop* sau ghișeu unic). Un alt aspect ce se impune a fi bine reglementat în viitor este relația cu acordurile internaționale și transparența.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, publicată în M. Of. nr. 125 din 1997, abrogă Legea nr. 35/1991, enumerând modalitățile constituirii unei investiții străine, reglementând activitatea de reinvestire a profitului, eliminând însă formele pur contractuale ale constituirii investițiilor¹⁶. Astfel cum s-a observat lesne din cuprinsul acestora, ambele acte normative, Legea nr. 35/1991 și O.U.G. nr. 31/1997, reglementau atât investițiile străine directe, cât și pe cele de portofoliu, fără să se diferențieze prin regim juridic propriu fiecare categorie de investiții străine. Tot în 1997, O.U.G. nr. 92/1997 privind stimularea investițiilor directe, publicată în M. Of. nr. 386 din 1997 și aprobată prin Legea nr. 241/1998 M. Of. nr. 483 din 1998, reglementa distinct investițiile străine directe de cele de portofoliu (investițiile indirecte), conferind și o definiție.

Concluzii

Prin revizuirea cadrului legislativ actual, ar trebui nu numai să se reformuleze definiția investiției internaționale și calitatea de investitor străin, însă rămân în prag de reglementare obiectivele, scopul, condițiile de intrare (admiterea, libertatea de stabilire, restricțiile sectoriale, securitatea națională, ordinea publică, protecția mediului, sănătatea publică, restricțiile privind dobândirea proprietății asupra terenurilor, cerințele minime de performanță), înregistrarea și autorizarea, drepturile și garanțiile acordate investitorului, obligațiile investitorului, promovarea și facilitarea, precum și reglementări suficiente privind modul de soluționare a disputelor, regulile instituționale și, nu în ultimul rând, relația cu acordurile internaționale și transparența.

¹³ UNCTAD este acronimul Conferinței Națiunilor Unite pentru Comerț și Dezvoltare (United Nations Conference on Trade and Development). După cum s-a remarcat în domeniul politicilor privind investițiile internaționale, eforturile miniștrilor din G20 au adoptat pentru prima oară în iulie 2016 (*soft law*), în dezbaterile și analizele politicii de investiții globale desfășurate de UNCTAD, un set de principii specifice.

¹⁴ În România, în scopul atragerii investițiilor internaționale, statul a acordat facilități financiare ca: H.G. nr. 1680/2008 pentru instituirea unei scheme de ajutor de stat privind asigurarea dezvoltării economice durabile; H.G. nr. 753/2008 pentru instituirea unei scheme de ajutor de stat privind dezvoltarea regională prin stimularea investițiilor; H.G. nr. 797/2012 privind instituirea unei scheme de ajutor de stat pentru sprijinirea investițiilor care promovează dezvoltarea regională prin utilizarea tehnologiilor noi și crearea de locuri de muncă. IBM, Endava, DB Global Technology (Deutsche Bank), Dell, SCC Services, Telecom Global Services Center și Microsoft au beneficiat în 2013 de acorduri de finanțare în baza schemei de ajutor de stat în proiecte IT care creează minimum 200 de locuri de muncă, conform datelor Guvernului. Valoarea totală a acestor proiecte de investiții depășește 160,5 milioane euro, ajutorul de stat pe care îl vor primi fiind de 67 milioane de euro, 3151 de locuri de muncă urmând să fie create în cel mult 3 ani de la finalizarea investițiilor.

¹⁵ J.W. Salacuse, *The Three Laws of International Investment*, OUP 2014, p. 305.

¹⁶ O.U.G. nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, M. Of. nr. 95 din 1997, în vigoare de la 19 iunie 1997 până la 15 decembrie 1998, fiind abrogat și înlocuit prin O.U.G. nr. 92/1997. Ulterior s-a publicat Legea nr. 523/2001 pentru respingerea O.U.G. nr. 31/1997 privind regimul investițiilor străine în România, M. Of. nr. 653 din 17 octombrie 2001.

ASPECTE PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI INTERNAȚIONALE DE MEDIU

Aspects of the Role of International Environmental Case Laws

Cristina M. KASSAI*

Rezumat: *Politica ecologică s-a impus ca un factor de reînnoire și de diversificare a instituțiilor politice, presupunând apărarea unor interese generale comune tuturor indivizilor, ceea ce a reclamat o dinamică și dezvoltări specifice ale elementelor democrației, care favorizează mai ales interesele colective și de grup și a contribuit la reînnoirea procedurilor democrației directe.*

Încercarea de a realiza o schimbare reală pentru binele mediului poate părea imposibilă uneori având în vedere puterile în joc.

Urmările deciziei Curții Supreme din cazul Sierra Club v. Morton au contribuit la stabilirea statutului organizațiilor de mediu, facilitând astfel litigiul în materie de mediu. Opinia instanței nu a extins acest drept la obiecte naturale, dar aceasta a determinat instanțele să recunoască drepturile naturale.

Cuvinte-cheie: *politica ecologică; rolul jurisprudenței; mediu; procese; impact societate.*

Abstract: *Ecological policy has imposed itself as a factor for the renewal and diversification of political institutions, assuming the defense of general interests common to all individuals, which claimed a dynamic and specific development of the elements of representative democracy, favoring in particular collective and group interests and contributed to the renewal of direct democracy processes.*

Trying to make a real change for the good of the environment may seem impossible at times, given the powers at stake.

The consequences of the Sierra Club v. Morton Supreme Court decision helped to establish the status of environmental organizations, thus facilitating the environmental dispute. The court's opinion did not extend this right to natural objects, but it has led courts to recognize natural rights.

Keywords: *environmental policy; the role of case laws; environment; impact society.*

Introducere

Politica ecologică s-a impus ca un factor de reînnoire și de diversificare a instituțiilor politice, presupunând apărarea unor interese generale comune tuturor indivizilor, ceea ce a reclamat o dinamică și dezvoltări specifice ale elementelor democrației reprezentative, care favorizează mai ales interesele colective și de grup și a contribuit la reînnoirea procedurilor democrației directe. Politica mediului a determinat totodată dezvoltarea rolului societății civile; amplificarea fenomenului asociativ și recunoașterea sa, sub diferite forme, de către puterea publică constituie semnul cel mai evident al acestei evoluții¹⁷.

În ceea ce privește investitorii și grupurile de interese ale organelor legislative, discuțiile se rezumă la profit. Din păcate, păstrarea intereselor investitorilor și a companiilor mari are prioritate față de orice preocupări legate de mediu. Încercarea de a realiza o schimbare reală pentru binele mediului poate părea imposibilă uneori având în vedere puterile în joc.

Uneori, singura modalitate de a adopta schimbarea legislativă în bine este să se aducă corporațiile și organizațiile în instanțele judecătorești. Procesele judiciare sunt un instrument puternic în lupta pentru schimbările de mediu. Următoarele trei cazuri de mediu au determinat schimbări pozitive în ceea ce privește legile și reglementările în materie de mediu, stabilind precedente și deschizând calea pentru un viitor mai durabil¹⁸.

1. Procese de mediu care au avut impact asupra societății

1.1. Cazul Sierra Club împotriva Morton, 1972¹⁹

Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972), *US Supreme Court* este unul dintre cele mai importante cazuri de mediu din istoria S.U.A. Acest proces privește un proiect de stațiune de schi Disney din Mineral King Valley din

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: cristinamkassai@gmail.com.

¹⁷ M. Dutu, *Tratat de dreptul mediului*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 340.

¹⁸ D. Morrissey, *3 Environmental Lawsuits that Have Helped Society*, 2018.

¹⁹ *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972), *US Supreme Court*.

Sequoia National Forest. Clubul Sierra s-a opus construirii stațiunii pe motiv că a intervenit în păstrarea parcului național, a zonei forestiere înconjurătoare și a faunei sălbatice locale.

După apeluri din partea ambelor părți, Curtea Supremă de Justiție a contestat faptul că Clubul Sierra nu avea dreptul de a da în judecată – numai că a avut un interes în această problemă. În timp ce Clubul Sierra și-a luat timp să-și modifice plângerea și să demonstreze că are dreptul să dea în judecată, a trecut o importantă legislație: *Legea privind politica națională de mediu*²⁰. Acest act ia cerut lui Disney să scrie o declarație de impact asupra mediului detaliind impactul pe care stațiunea ar avea-o asupra zonei. Disney a decis retragerea, după revizuirea impactului ecologic sever al planurilor lor.

În cele din urmă, Clubul Sierra a eșuat în încercarea sa de a da în judecată. Cu toate acestea, au existat rezultate pozitive din acest caz.

Acest caz a stabilit un cadru care informează procesele de mediu până în prezent. De exemplu, un proces recent în Australia, în legătură cu eșecul Băncii Commonwealth de a dezvălui în mod adecvat riscul climatic, urmează această structură.

Curtea Supremă de Justiție a respins raționamentul clubului, nedorind să accepte că obiectele naturale au avut dreptul să dea în judecată în instanță. În schimb, instanța a cerut Clubului Sierra să își modifice plângerea pentru a arăta cum ar fi răniți membrii clubului, mai degrabă decât valea. Clubul Sierra a făcut acest lucru, iar stațiunea de schi a fost oprită.

Cu toate acestea, William O. Douglas²¹, a fost convins de raționamentul inițial al Clubului Sierra. Disidența sa pasionată din *Sierra Club v. Morton* marchează un punct central în bătăliile juridice de mediu, unul care încă formează susținere și astăzi, indicând direcția spre o posibilitate diferită de a gândi despre natură. Opiniile lui Douglas s-au inspirat din propria sa experiență în sălbăticie. A crescut în Yakima, Washington, urcând la poalele munților Cascade și a cântat laudei naturii pe toată durata vieții sale. „Când cineva se află pe Muntele Darling, el nu este îndepărtat și departe de pusti; el este o parte intimă a acestuia... Fiecare creastă, fiecare vale, fiecare vârf oferă o singurătate mai adâncă decât cea a mării. Oferă pacea care vine numai din singurătate”, a scris el într-un pasaj tipic din memoriul său, *Of Men and Mountains*²².

Un om neliniștit din punct de vedere intelectual, care a scris și a călătorit mult, Douglas a publicat cinci cărți de mediu între anii 1960 și 1967. Într-una din acestea, *A Living Bill of Rights*, el explică importanța *Bill of Rights*²³ privind drepturile și modul în care ea protejează cetățenii americani, „pentru a proteja pe cei ale căror valori spirituale se extind la râuri și lacuri, văile și crestele și care găsesc viața într-o societate mecanizată”²⁴.

Douglas a subliniat că atât corporațiile, cât și navele au fost mult timp părți în litigiu, în ciuda faptului că erau artificiale și neînsuflețite. „Deci ar trebui să fie valori, pajiști alpine, râuri, lacuri, estuare, plaje, creste, copaci, mlaștini sau chiar aer care simt presiunile distructive ale tehnologiei moderne și ale vieții moderne”, a scris el. Extinderea în picioare a partidului real, expus riscului de rău – mediul înconjurător – va păstra „bucățele neprețuite ale americanilor” înainte de a deveni „pierdute pentru totdeauna sau transformate astfel încât să fie reduse la eventualele molozuri ale mediului nostru urban”²⁵.

Pledoaria lui pasională nu i-a convins pe frații săi juriști practicieni. Cu toate acestea, părerea lui Douglas a influențat și a inspirat ecologiștii de atunci și de acum. Societatea *Wilderness* a publicat disidența „agitată”, iar Roderick Nash²⁶, în istoria sa de etică a mediului, a spus că Douglas „a localizat ușa conceptuală a drepturilor naturii”²⁷.

În anii de atunci, grupurile de mediu au fost în măsură să dea în judecată în numele naturii prin demonstrarea interesului legitim al membrilor grupului în probleme de conservare sau în locuri precum Mineral King, un concept numit asociație. Dar, în ciuda eforturilor lui Douglas, natura se găsește încă marginalizată în sălile de ședințe. În măsura în care confesiunea unui catolic trebuie să treacă printr-un preot, natura are nevoie de un mediator, o organizație de conservare.

Douglas a recomandat acceptarea drepturilor naturale – permițând vocea proprie a naturii să fie auzită în sala de judecată – ca un mod durabil de a proteja locurile sălbatice de amenințările mereu acceleratoare cu care se confruntau.

²⁰ *The National Environmental Policy Act (NEPA)*, 1969.

²¹ William O. Douglas (16 octombrie 1898 – 19 ianuarie 1980) a fost un jurist, politician american, judecător. Nominalizat de președintele Franklin D. Roosevelt, Douglas a fost confirmat la vârsta de 40 de ani, unul dintre cei mai tineri judecători numiți în instanță. Mandatul său, care durează 36 de ani și 211 zile (1939-1975), este cel mai lung din istoria Curții Supreme. În 1975 revista *Time* îl numea pe Douglas „cel mai doctrinar și liberalist civil vreodată”.

²² W. O. Douglas, *Of Men and Mountains*, Northwest Corner Books, 2015 (prima publicație 1981).

²³ *The Bill of Rights, 1789*, Legea drepturilor, primele 10 amendamente din Constituția S.U.A. Explică drepturile americanilor în raport cu guvernul lor. Ea garantează drepturile și libertățile civile, libertatea de exprimare, a presei și a religiei individuale.

²⁴ W. O. Douglas, *A Living Bill of Rights*, Anti Defamation League of Bnai, 1961.

²⁵ A. Sowards, *Should nature have standing to sue* Essay, 2015.

²⁶ Roderick Frazier Nash este profesor emerit de istorie și studii de mediu la Universitatea din California Santa Barbara.

²⁷ R. F. Nash, *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics (History of American Thought and Culture)*, 1989.

Și astfel pare puțin probabil, cel puțin pentru moment, că viziunea lui Douglas asupra naturii ca entitate cu dreptul de a da în judecată se va manifesta în instanțele noastre. Dar contează? Depinde de criteriile tale. Urmările deciziei Curții Supreme din *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972), *US Supreme Court* au contribuit la stabilirea statutului organizațiilor de mediu, facilitând astfel litigiul în materie de mediu. Opinia instanței nu a extins acest drept la obiecte naturale, dar aceasta a determinat instanțele să recunoască drepturile naturale. Această perspectivă a arătat calea spre un nou „nivel de conștiință” al instanțelor judecătorești, potrivit savantului Christopher Stone.

Astfel, dezbateră despre statutul naturii devine apoi o dezbatere filosofică mai largă despre lege și ce poate și nu poate, nu trebuie sau nu ar trebui să facă. Legea nu are intenția de a transforma nivelele de conștiință sau de moralitate; este o disciplină pragmatică. Ca o chestiune practică, extinderea în picioare a obiectelor naturale poate fi pur și simplu inutilă.

Astăzi, schimbările climatice globale, pierderile de biodiversitate și fragmentarea habitatelor creează probleme sociale și ecologice fără precedent. Crizele de mediu necesită schimbări serioase în guvernare și în sistemele juridice și, probabil cele ce țin de moralitate. Atunci când organizații precum *Centrul de Drept al Pământului* lucrează pentru a „promova drepturile legale pentru existența, prosperarea și evoluția ecosistemelor” sau atunci când Ecuador declară în Constituția sa din 2008 că natura „are dreptul la respectul integral pentru existența sa și la întreținerea și regenerarea ciclului său de viață, a structurii, a funcțiilor și a proceselor sale evolutive”, ei respectă viziunea lui Douglas și o pun în aplicare în structurile de guvernare unde legea și moralitatea se pot intersecta.

Spre sfârșitul disensiunilor sale, Douglas a remarcat că susținătorii de bună înțelepciune adesea se confruntă cu problema de mediu, o tendință de înțeles, dar care nu poate susține protecția mediului pe termen lung. „*Acesta este motivul pentru care aceste probleme de mediu ar trebui să fie oferite de obiectul neînsuflețit în sine*”, a scris el. „*Apoi, vor exista asigurări că toate formele de viață pe care le reprezintă vor sta în fața curții – ciocănitura înțepenită, precum și ursul, lemnul, precum și păstrăvul din râu. Acei membri inarticulați ai grupului ecologic nu pot vorbi. Dar acei oameni care au frecventat astfel locul pentru a-și cunoaște valorile și minunile vor putea să vorbească pentru întreaga comunitate ecologică*”²⁸.

1.2. Cazul Massachusetts împotriva Agenției pentru Protecția Mediului, 2007²⁹

Gazele cu efect de seră au un efect incontestabil asupra mediului. Înainte de 2007, totuși, foarte puține reglementări erau în vigoare pentru a proteja mediul înconjurător de efectele lor. În fața temperaturilor globale în creștere, a apărut nevoia unui răspuns la o întrebare juridică importantă: Guvernul are obligația de a reglementa eliberarea dioxidului de carbon și a altor gaze nocive în atmosferă care afectează atât planeta, cât și sănătatea umană? Răspunsul a fost dat prin verdictul unui caz al Curții Supreme la jumătatea anului 2007, ca urmare a cazului dintre statul Massachusetts și Agenția pentru Protecția Mediului³⁰.

Statul a căutat să scoată lumină asupra problemelor de mediu cauzate de eșecul guvernului federal de a reglementa emisiile de eșapament de la autoturisme și camioane. Administrația Bush a susținut că nu avea dreptul (și nu și-ar exercita autoritatea dacă ar fi făcut-o) să reglementeze emisiile de carbon în conformitate cu *Legea privind aerul curat* (*The Clean Air Act*)³¹.

Curtea Supremă de Justiție nu a fost de acord, susținând că trebuie să se dovedească faptul că gazele cu efect de seră nu contribuie la schimbările climatice – sau ar trebui să fie furnizată o explicație rezonabilă cu privire la motivul pentru care guvernul ar fi incapabil să restrângă poluarea.

Ramificațiile acestui verdict au fost extrem de pozitive pentru litigiile de mediu. Verdictul a validat perspectiva că guvernul are responsabilitatea de a aborda schimbările climatice. În multe cazuri, consecințele au fost imediate; în 2007, au fost amânate multe cazuri în care au fost implicate probleme de mediu în întreaga țară, până când acest verdict a fost anunțat.

Cazul a început cu un grup de 19 organizații private care a cerut *Agenției pentru Protecția Mediului* (EPA), la 20 octombrie 1999, să reglementeze „gazele cu efect de seră” în baza secțiunii 202 a *The Clean Air Act* (42 U.S.C. § 7401). Această secțiune a statutului prevede că, dacă, pe baza hotărârii Administratorului EPA, orice poluant atmosferic pune în pericol sănătatea publică, EPA poate reglementa emisia poluanților atmosferici din orice clasă de autovehicule noi. Din două motive centrale, EPA a negat petiția.

Agenția a afirmat mai întâi că *Legea privind aerul curat* (*The Clean Air Act*) nu a permis EPA să promulge reglementări care s-au axat pe schimbările climatice globale. În al doilea rând, EPA a concluzionat că legătura de cauzalitate dintre gazele cu efect de seră și temperaturile globale ale aerului la suprafață nu a fost „stabilă fără echivoc”. EPA a afirmat de asemenea că astfel de reglementări ar interfera cu abordarea largă a președintelui privind

²⁸ A. Sowards, *Should nature have standing to sue* Essay, 2015.

²⁹ *Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007), *US Supreme Court*.

³⁰ *Environmental Protection Agency* (EPA) înființată de președintele Richard Nixon pe 9 iulie 1970, o agenție independentă a guvernului federal al Statelor Unite pentru protecția mediului.

³¹ *The Clean Air Act* (42 U.S.C. § 7401) este o lege federală a Statelor Unite, menită să controleze poluarea aerului la nivel național. Este una dintre cele mai influente legi moderne de mediu ale Statelor Unite și una dintre cele mai cuprinzătoare legi privind calitatea aerului din lume.

reducerea emisiilor de gaze cu efect de seră, de către sectorul privat în loc să se bazeze pe reglementările guvernamentale și, în plus, că o astfel de abordare de reglementare ar putea, de asemenea, să împiedice capacitatea președintelui de a convinge țările în curs de dezvoltare să-și diminueze emisiile.

Puterile judecătorești sunt temperate într-o societate democratică, prin legi și reguli auto-impuse, care împiedică tribunalele să asculte un litigiu decât dacă există un prejudiciu concret pentru care există un fel de recurs judiciar. Majoritatea a ajuns la concluzia că Massachusetts are într-adevăr un drept legal de a căuta ajutor, motivând că Commonwealth-ul a îndeplinit toate cele trei elemente esențiale ale stării: (1) un prejudiciu concret și particularizat care este real sau iminent; (2) prejudiciul trasabil la actul pârâtului (în acest caz, EPA) și (3) dovada că o acțiune favorabilă din partea EPA ar ajuta la repararea prejudiciului.

În timp ce EPA a susținut că puterea sa de reglementare a schimbărilor climatice globale nu este suficientă pentru a oferi ajutor, Justice Stevens a concluzionat că acțiunea incredibilă a agenției în timp poate produce efecte cumulative și că pentru a fi prezent, statul nu ar trebui să demonstreze că orice acțiune unică i-ar remedia problemele. Stevens a mai motivat că reglementarea EPA privind gazele cu efect de seră ar avea un efect semnificativ din cauza cantității enorme de dioxid de carbon emisă de sectorul de transport din S.U.A. De asemenea, majoritatea a găsit argumente persuasive din partea EPA privind necesitatea de a depune eforturi pentru a remedia schimbările climatice globale.

În sprijinul afirmației sale potrivit căreia nu i s-a acordat autoritatea de a acționa în calea remedierii problemei și, prin urmare, statul nu a fost în măsură să dea în judecată, EPA a susținut că dioxidul de carbon nu era un poluant atmosferic în sensul legii federale și, în plus, chiar dacă ar constitui un poluant atmosferic legal, EPA nu ar putea să o reglementeze, deoarece o astfel de reglementare ar intra în conflict cu prioritățile președintelui. Majoritatea a respins acest argument, motivând că definiția poluantului în aer, în conformitate cu *Legea privind aerul curat (The Clean Air Act)*, a inclus toate tipurile de compuși aeropurtați, inclusiv gaze cu efect de seră. Majoritatea a ajuns, de asemenea, la concluzia că, în conformitate cu dispozițiile legale privind revizuirea legii, instanțele ar putea inversa deciziile EPA dacă s-ar dovedi a fi „arbitrare, un abuz de discreție sau altfel neconforme cu legea”, indiferent de conflictele cu prioritățile președintelui³².

EPA a încercat, de asemenea, să evite utilizarea puterilor sale susținând că reglementarea emisiilor de dioxid de carbon provenite de la autovehicule se va suprapune cu rolul Departamentului de Transport al stabilirii standardelor de kilometraj. Curtea a răspuns că taxele care se suprapun nu au împiedicat EPA să își îndeplinească obligația de a proteja sănătatea publică.

Justice Stevens a concluzionat că hotărârea pe care administratorul EPA a fost împuternicită să o exercite în temeiul legii a fost descrisă în statut și, prin lege, exercitarea judecății de către Administrator a determinat măsura în care a fost găsit un anumit poluant atmosferic să afecteze mediul într-un mod care dăunează sănătății publicului. Prin urmare, agenția nu a putut refuza pur și simplu să facă nimic. În schimb, ar putea evita acțiunea numai dacă ar elabora o evidență a dovezilor care ar arăta că gazele cu efect de seră nu au contribuit, de fapt, la schimbările climatice sau, alternativ, oferă o explicație rezonabilă cu privire la motivul pentru care acțiunile agenției ar fi necorespunzătoare.

1.3. Cazul Deepwater Horizon Litigation, 2010³³

Accidentul de pe platforma petrolieră Deepwater Horizon se referă la exploziile catastrofale din ziua de 20 aprilie 2010, care au avut loc la platforma de foraj Deepwater Horizon a companiei British Petroleum (BP), situată în Golful Mexic la aproximativ 65 de kilometri sud de coasta statului american Louisiana în zona câmpului petrolier cunoscut ca Macondo Prospect. Acest incident implică multe procese de înaltă calitate, dintre care multe sunt în desfășurare. Cu incidentul *Deepwater Horizon*, totuși, acest lucru s-a schimbat. Deversarea petrolului de la BP la 20 aprilie 2010 a fost un dezastru fără precedent. Când platforma de foraj Deepwater Horizon din Golful Mexic a explodat din cauza neglijenței din partea BP, 11 persoane au fost ucise și echivalentul a aproape 5 milioane de barili de petrol a fost vărsat în Oceanul Atlantic. Nu numai că explozia a avut un efect profund asupra oamenilor din apropiere – 30% dintre toți localnicii au suferit de boli mintale în urma evenimentului – accidentul a avut un impact global, afectând un număr semnificativ de oameni.

Acest litigiu oferă un mesaj clar într-o limbă pe care Big Oil și investitorii săi o înțeleg: aveți o responsabilitate de a proteja planeta și oamenii de pe ea. În timp ce valoarea netă a BP nu a suferit drastic, compania este considerată vinovată de acțiunile sale împotriva mediului. Într-adevăr, aceasta încă lucrează încă pentru a-și reconstrui reputația.

Nu este surprinzător că au fost pornite mii de procese ca urmare a incidentului *Deepwater Horizon*. Mai multe state din Golf, reprezentate de avocații lor generali, sunt părți la unele acțiuni în justiție.

³² P. W. Payne, Jr., MD, JD, MPP and S. Rosenbaum, JD, *Massachusetts et al. v Environmental Protection Agency: Implications for Public Health Policy And Practice*.

³³ J.C. Cruden (Environmental and Natural Resources Division of the United States Department of Justice), S. O'Rourke (Environmental and Natural Resources Division of the United States Department of Justice), S. D. Himmelhoch (Environmental and Natural Resources Division of the United States Department of Justice), *The Deepwater Horizon Oil Spill Litigation: Proof of Concept for the Manual for Complex Litigation and the 2015 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*.

Chiar înainte ca petrolul să fie acoperit la sfârșitul verii anului 2010, era evident că litigiile cauzate de pierderi de miliarde de dolari ar fi probabil rezultatul unei explozii. În iunie 2010, BP a creat un fond de răspuns de 20 de miliarde de dolari. Creanțele aduse fondului sunt aspecte separate din multitudinea de creanțe care au fost depuse în instanțele din întreaga regiune a Golfului. Kenneth Feinberg, care a administrat fondul creat în beneficiul victimelor din 11 septembrie, este, de asemenea, administratorul fondului de 20 de miliarde de dolari fondat de BP. BP a plătit aproximativ 4 miliarde de dolari în creanțe compensatorii prin intermediul *Facilității de creanțe pentru Coasta Golfului*.

Colectarea de procese cunoscute sub denumirea de „litigiu multidisciplinar” (MDL) a fost formulată de un grup de reclamanți. Numeroase părți private au depus plângeri împotriva companiei BP și a partenerilor săi de afaceri și a asociaților săi, în care au susținut că au prejudiciat sănătatea, mijloacele de trai și proprietatea. Statele din Louisiana și Alabama au intentat, de asemenea, un proces împotriva lui Transocean (proprietarul platformei), a lui BP și a partenerilor săi (care dețineau puțul) și a câtorva alți inculpați care au efectuat lucrări asupra puțului sau a platformei înainte de explozie.

Peste o sută de acțiuni federale separate au fost depuse în instanțele federale din Districtul de Est din Louisiana, din Districtul de Sud din Alabama, din Districtul de Nord din Florida, din Districtul de Sud din Mississippi, din Districtul de Vest din Louisiana, din Districtul de Sud din Texas, și Districtul de Nord din Louisiana. Diferite părți au apelat la centralizarea cazurilor. Sub 28 U.S.C. §1407, Comisia juridică a Statelor Unite privind litigiile multidistrictale este autorizată să transfere cauzele cu probleme comune într-o singură instanță federală. Recunoscând problemele de fapt și de drept comune care stau la baza multitudinii acțiunilor individuale, comisia a transferat cauzele judecătorului Carl Barbier în Districtul de Est din Louisiana.

Printre problemele care se așteaptă să fie soluționate sunt: răspunderea fiecărui inculpat, numărul de butoaie de petrol scurse (care pot afecta calculul despăgubiri), culpabilitatea (care poate afecta și valoarea daunelor acordate), relația dintre stat și legea federală. Se pare că problemele rămase vor fi reduse drastic de hotărârile generale, iar cazurile ulterioare ar putea fi limitate la chestiuni de calcul a daunelor.

Concluzii

Jurisprudența are un rol creator foarte important pentru viitor, fapt evidențiat de cazurile expuse mai sus. Cazul *Sierra Club v. Morton* a stabilit că, pentru a demonstra statutul juridic de a da în judecată cauzele de mediu, un reclamant trebuie să demonstreze că suferă și că prejudiciul poate fi urmărit la acțiunea contestată. În plus, acțiunea propusă trebuie să arate că încalcă statutele din zona de interes și trebuie să fie remediată prin acțiuni în justiție. Prin pledoariile sale, William O. Douglas a recomandat acceptarea drepturilor naturale – permițând vocea proprie a naturii să fie auzită în sala de judecată – ca un mod durabil de a proteja locurile sălbatice și procesele naturale de amenințările mereu acceleratoare cu care se confruntă.

De asemenea hotărârea dată în Cazul *Massachusetts v. Environmental Protection Agency* a influențat multe alte procese care au implicat importanța reglementării guvernamentale pentru îmbunătățirea mediului.

O FORMĂ ATIPICĂ DE RĂSPUNDERE CIVILĂ DELICTUALĂ – RĂSPUNDEREA PENTRU DAUNELE ADUSE MEDIULUI

An Atipic Form of Civil Liability – Liability for Environmental Damage

Florin Octavian BARBU*

Rezumat: În cazul daunelor ecologice, situația este mult mai complexă, deoarece dauna prin ricoșeu este consecința directă și imediată a daunei directe cauzate mediului, care poate antrena răspunderea poluatorului numai în condițiile stabilirii unei legături necesare cu fapta săvârșită.

Existența unei daune ecologice constituie temeiul angajării răspunderii poluatorului, indiferent de atitudinea sa psihică față de faptă și urmările ei, de caracterul său direct sau indirect, pentru garantarea reparării integrale, dacă aceasta este posibilă¹.

Extinderea reparării daunelor la cele indirecte a fost argumentată în literatura juridică prin dispozițiile aplicabile în materia răspunderii contractuale, conform cărora: „(...) daunele interese nu trebuie să cuprindă decât aceea ce este o consecință directă și necesară a neexecutării obligației”, ceea ce conduce la posibilitatea interpretării extinse a noțiunii de daună indirectă, aplicabilă și în domeniul răspunderii delictuale, motiv pentru care s-a afirmat în literatura noastră juridică faptul că „...dă expresie exigenței unei legături de cauzalitate îndestulător caracterizată pentru a înlătura posibilitatea unei răspunderi care, întinzându-se la tot lanțul de evenimente ce se produs ca urmare a faptei păgubitoare, ar obliga la o răspundere, practic, fără hotar”². În ceea ce privește angajarea răspunderii delictuale, trebuie subliniat că prejudiciul trebuie să fie cert, care este atât cel direct, actual și neîndoielnic, cât și cel viitor, dar sigur³.

Cuvinte-cheie: dauna ecologică, dauna prin ricoșeu, reparare, răspundere contractuală.

Abstract: In the case of environmental damage, the situation is much more complex, because ricochet damage is the direct and immediate consequence of direct environmental damage, which can lead to the polluter's liability only when establishing a necessary link with the deed.

The existence of environmental damage is the basis for the commitment of the polluter's liability, regardless of his or her mental attitude towards the deed and its consequences, its direct or indirect character, to guarantee full reparation if this is possible.

The extension of reparation to indirect damages has been substantiated in the legal literature by the provisions applicable in the area of contractual liability, according to which: „(...) damages should only include what is a direct and necessary consequence of the non-fulfillment of the obligation”, which lead to the possibility of a broad interpretation of the notion of indirect damage, applicable also in the field of tort liability, which is why in our legal literature it was stated that „... it gives expression to the exigency of a sufficient causal connection characterized in order to eliminate the possibility of liability, stretching to the whole chain of events that arose as a result of the damaging deed, would imply a practically indefinite liability”. As regards the incurring of tort liability, it must be pointed out that the damage must be the certain, the direct, the actual and unambiguous one, as well as for the future but sure.

Keywords: environmental damage, ricochet damage, the reparation, contractual liability.

I. Câteva aspecte generale

Problema poluării mediului înconjurător este una dintre cele mai grave ale societății de astăzi, având ca și consecință deteriorarea condițiilor de viață ale omului și ale dezvoltării civilizației viitorului⁴.

Dreptul mediului apare ca un drept mixt, aflându-se la limita dreptului public cu dreptul privat și, în acest fel, dreptul răspunderii civile poate fi considerat ca un mijloc de aplicare a reglementărilor de mediu⁵, cu același titlu ca dreptul administrativ⁶.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: florin_octavian2000@yahoo.com.

¹ Lacrima Rodica Boilă, *op. cit.*, p. 513.

² M. Eliescu, *Răspunderea civilă delictuală*, Ed. Academiei, București, 1972, p. 95.

³ L. Pop, *Tratat de drept civil. Obligațiile*, vol. I, Regimul juridic general, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 73.

⁴ I. Mihuț, *Autoconducere și creativitate*, Ed. Dacia, Cluj-Napoca, 1989, p. 259.

⁵ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2015, p. 105.

⁶ Mathilde Boutonnet, *L'accueil des principes environnementaux en droit de la responsabilité civile*, în vol. *La responsabilité environnementale*, sous la direction de Ch. Cans, Editions Dalloz, Paris, 2009, p. 69-83.

Astfel, dreptul răspunderii civile nu face distincție între prejudicii (daune) și, ca atare, se extinde și în domeniul ecologic, cele două coabitând, având la bază principii care se interferează: *principiul precauției, principiul poluatorul plătește și principiul prevenirii*.

Aceste principii sunt recunoscute la nivel internațional, european, dar și național, având reflexe diferite în privința dreptului răspunderii⁷.

Constituția României, adoptată în 1991, a cuprins câteva prevederi tangențiale referitoare la dreptul mediului, stabilind obligația statului la „refacerea și ocrotirea mediului înconjurător” și obligația ocrotirii mediului corelativă dreptului de proprietate⁸.

Cu prilejul revizuirii Constituției⁹, s-a consacrat dreptul fundamental al omului la un mediu sănătos¹⁰, stabilind asigurarea cadrului legislativ pentru exercitarea acestui drept, corelativ cu obligația persoanelor fizice și juridice de a proteja și ameliora mediul înconjurător¹¹. Suntem de acord cu opinia¹² potrivit căreia, în conținutul dreptului omului la un mediu sănătos, trebuie inclus și dreptul acestuia la o corectă informare cu privire la posibilitatea producerii unor daune ecologice, posibilitate incertă, dar care poate determina pericole posibile.

Art. 44 alin. 7 din Constituție se referă la protecția mediului în cuprinsul garantării dreptului la proprietate: „Dreptul de proprietate obligă la respectarea sarcinilor privind protecția mediului și asigurarea bunei vecinătăți, precum și la respectarea celorlalte sarcini care, potrivit legii sau obiceiului, revin proprietarului”.

Subliniem că pentru protecția mediului înconjurător au fost și sunt preocupate și alte state ale lumii, consacrand principii în legile fundamentale¹³.

Prin O.U.G. nr. 195/2006 privind protecția mediului¹⁴ și prin O.U.G. nr. 68/2007 privind răspunderea de mediu cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului¹⁵, legiuitorul a statuat cadrul legal în ceea ce privește protecția mediului în România.

II. Principiile operabile în materia răspunderii civile delictuale pentru daunele aduse mediului

Răspunderea pentru daune ecologice este reglementată prin O.U.G. nr. 195/2005¹⁶ aprobată prin Legea nr. 256/2006 privind protecția mediului, lege specială aplicabilă în acest domeniu.

Art. 3 din Legea nr. 256/2006 reglementează principiile importante pentru fundamentarea obiectivă a răspunderii, și anume:

- principiul precauției în luarea deciziilor¹⁷ – adică, acele acțiuni sau inacțiuni prin care au fost încălcate prevederile legale privind necesitatea protejării mediului, păstrării echilibrului ecologic și eliminarea activităților poluante;
- principiul acțiunii preventive¹⁸;
- principiul poluatorul plătește¹⁹, prin care se stabilește imperativ răspunderea poluatorului și suportarea costurilor acțiunilor poluante, fără nicio referire la imputabilitatea faptei acestuia;
- principiul conservării biodiversității și a ecosistemelor specifice cadrului biogeografic natural²⁰;
- principiul utilizării durabile a resurselor naturale²¹.

⁷ Mircea Duțu, Andrei Duțu, *op. cit.*, p. 106.

⁸ Lacrima Rodica Boilă, *Răspunderea civilă delictuală obiectivă*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 503.

⁹ Legea de revizuire a Constituției României din 18 septembrie 2003 (M. Of. nr. 669 din 22 septembrie 2003).

¹⁰ Art. 35 din Constituția României.

¹¹ Ion Dogaru, Pompiliu Drăghici, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor în reglementarea Noului Cod civil*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 480.

¹² Lacrima Rodica Boilă, *op. cit.*, p. 504.

¹³ Art. 66 din Constituția Portugaliei instituie norme pentru asigurarea unei protecții eficiente a mediului înconjurător și a calității vieții, fiind stabilit dreptul tuturor la un mediu al vieții umane sănătos și echilibrat, corelativ cu obligația corespunzătoare de a-l apăra; Legea cadru din 8.07.1986 din Italia stabilește regulile în materie de daună ecologică și prevede în art. 18-1 obligația reparării, cu condiția să fie prevăzută de lege ca infracțiune. În Elveția, Legea din 1.07.1996, privind protecția naturii, obligă pe autorul unui fapt ilicit cauzator de prejudicii în spațiile naturale și biotopurile protejate să achite costurile reparării acestuia; Legea indoneziană din 11.03.1982, cu privire la gestiunea mediului, stabilește în art.20 răspunderea poluatorului pentru dauna ecologică; Constituția Spaniei din 1978, în art. 45, consacră principiul general conform căruia orice persoană are dreptul de a se bucura de un mediu înconjurător sănătos adecvat pentru a-și dezvolta personalitatea, precum și obligația de a-l conserva.

¹⁴ M. Of. nr. 1196 din 30 decembrie 2005, modificată și completată ulterior prin mai multe acte normative, ultima modificare fiind adusă prin Legea nr. 226/2013 (M. Of. nr. 438 din 18 iulie 2013).

¹⁵ M. Of. nr. 446 din 29 iunie 2017 fiind modificată și completată prin O.U.G. nr. 15/2009 (M. Of. nr. 149 din 10 martie 2009), O.U.G. nr. 64/2011 (M. Of. nr. 461 din 30 iunie 2011); Legea nr. 249/2013 (M. Of. nr. 456 din 24 iulie 2013); Legea nr. 187/2012 (M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012).

¹⁶ M. Of. nr. 1196 din 30 decembrie 2005.

¹⁷ Art. 3 lit. b) din Legea nr. 256/2006.

¹⁸ Art. 3 lit. c) din Legea nr. 256/2006.

¹⁹ Art. 3 lit. e) din Legea nr. 256/2006.

²⁰ Art. 3 lit. f) din Legea nr. 256/2006.

²¹ Art. 3 lit. g) din Legea nr. 256/2006.

Obligația statului de a garanta dreptul la despăgubire pentru prejudiciul suferit este reglementată în art. 5 lit. e) din Legea nr. 256/2006, iar fundamentul răspunderii pentru prejudiciile aduse mediului este consacrat în art. 95 din Legea nr. 256/2006²².

Așadar, fundamentul obiectiv al răspunderii este riscul privind activitățile periculoase pentru mediul înconjurător, respectiv pentru viața oamenilor, de unde tragem concluzia că răspunderea poluatorului va fi angajată numai dacă se face dovada unei legături de cauzalitate între activitatea sa și prejudiciul ecologic care s-a produs²³.

Răspunderea obiectivă are la bază ideea riscului de activitate pentru prejudiciile aduse mediului²⁴, urmărindu-se asigurarea unei protecții sporite a victimelor prejudiciilor ecologice.

Principiul precauției ca fundament al răspunderii civile în dreptul mediului, este aplicat când există un risc incert privind producerea unor prejudicii grave în viitor²⁵.

Răspunderea civilă privește culpabilitatea persoanei responsabile care este apreciată prin prisma normalității conduitei sale preventive, sancțiunea intervenind pentru lipsa precauției²⁶.

Pornind de la fundamentul răspunderii, care este precauția, se stabilește o nouă ordine în materia răspunderii civile, în care fiecare individ este obligat „... să-și revizuiască atitudinea în fața imprevizibilului, ceea ce dă naștere la o nouă concepție asupra culpei”²⁷.

În dreptul românesc, principiul precauției are în vedere, în primul rând, luarea deciziilor²⁸, fără a se face vreo distincție în această privință.

În ceea ce privește principiul poluatorul plătește, trebuie subliniat că se garantează victimelor repararea integrală a prejudiciilor cauzate prin activitățile poluante.

II. Sfera prejudiciilor aduse mediului

Prejudiciile aduse mediului, pentru care se angajează răspunderea²⁹, sunt următoarele:

a) prejudiciul asupra mediului, cauzat de orice tip de activitate profesională prevăzută în anexa 3 și oricărei amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu determinate de oricare dintre aceste activități;

b) prejudiciul asupra speciilor și habitatelor naturale protejate și oricărei amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu cauzat de orice activitate profesională, alta decât cele prevăzute în anexa 3, ori de câte ori operatorul acționează cu intenție sau din culpă;

c) prejudiciul asupra mediului sau oricărei amenințări iminente cu un altfel de prejudiciu.

Cu toate acestea, răspunderea nu se aplică prejudiciului asupra mediului sau amenințării iminente cu astfel de prejudiciu produs de³⁰:

a) acțiuni cu caracter de conflict armat, ostilități, război civil sau insurecție;

b) un fenomen natural având caracter excepțional, inevitabil și insurmontabil;

c) prejudiciu asupra mediului sau orice amenințări iminente cu un astfel de prejudiciu care decurge dintr-un incident pentru care răspunderea sau compensarea este reglementată de una dintre convențiile internaționale prevăzute în anexa nr. 4, inclusiv de orice amendamente ulterioare ale acestora, la care România este parte;

d) riscurile nucleare sau prejudiciul asupra mediului ori amenințarea iminentă cu un astfel de prejudiciu, care pot fi cauzate de activitățile care intră sub incidența Tratatului privind Comunitatea Europeană a Energiei Atomice sau sunt cauzate de un incident sau activitate pentru care răspunderea ori compensarea sunt reglementate de oricare din instrumentele internaționale prevăzute în anexa nr. 5, inclusiv de orice amendamente ulterioare ale acestora, la care România este parte;

e) activitățile al căror scop principal îl reprezintă apărarea națională sau securitatea națională ori cele al căror scop îl reprezintă apărarea împotriva dezastrelor naturale;

f) utilizarea în scopuri agricole a nămolului provenit din stațiile de epurare a apelor uzate urbane, tratat conform unui standard aprobat;

g) prejudiciul cauzat de o emisie, eveniment sau incident care a avut loc înainte de 30 aprilie 2007;

h) prejudiciul cauzat de o emisie, eveniment sau incident care are loc pe data sau după data de 30 aprilie 2007 și a fost determinat de o activitate specifică ce a avut loc și s-a terminat înainte de data de 30 aprilie 2007;

²² 1. Răspunderea pentru prejudiciu are un caracter obiectiv, independent de culpă. În cazul pluralității autorilor, răspunderea este solidară; 2. În mod excepțional, răspunderea poate fi și subiectivă pentru prejudiciile cauzate speciilor protejate și habitatelor naturale, conform reglementărilor specifice; 3. Prevenirea și repararea prejudiciului adus mediului se realizează conform prevederilor prezentei ordonanțe de urgență și reglementărilor specifice.

²³ Lacrima Rodica Boilă, *op. cit.*, p. 506.

²⁴ Activitățile generatoare de risc major sunt cele din domeniul energiei nucleare, a materiilor și materialelor explozive, deșeuri toxice periculoase, emanației radioactive etc.

²⁵ *Ibidem*, p. 144.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ N. De Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur de prévention et de précaution*, Bruylant AUF, Bruxelles, 1999, p. 217.

²⁸ Art. 3 lit. b) din O.U.G. nr. 195/2005.

²⁹ Conform art. 3 al O.U.G. nr. 68/2007.

³⁰ Conform art. 4 din O.U.G. nr. 68/2007.

i) prejudiciul produs în urma unei emisii, a unui eveniment sau a unui incident, de la producerea căruia au trecut mai mult de 30 de ani.

În domeniul raporturilor obligaționale extracontractuale, producerea unui prejudiciu reprezintă încălcarea obligației generale „*de a nu vătăma sau prejudicia pe altul sau de a respecta drepturile garantate altei persoane*”³¹, ceea ce impune stabilirea unor norme de conduită particulare aplicabile anumitor domenii al căror izvor³² îl reprezintă textul legal menționat mai sus, astfel încât soluțiile din practica judiciară să fie delimitate de conduitele delictuale care antrenează răspunderea³³.

Doctrina juridică contemporană³⁴ consideră că principiul stabilit de dispozițiile Codului civil cu privire la conținutul „obligației de a nu vătăma”, trebuie interpretat dintr-o altă perspectivă decât cea a culpabilității conduitei prejudiciabile. Astfel, răspunderea civilă delictuală trebuie raportată la comportamentul anormal al persoanei, apreciat nu în raport cu vinovăția sa³⁵, ci potrivit normelor fundamentale de comportament și civilizație în societate³⁶.

Obligația „*de a nu vătăma sau de a nu prejudicia pe altul*” în ceea ce privește protecția mediului înconjurător, constă în exercitarea drepturilor și îndeplinirea obligațiilor privind asigurarea calității și utilizarea durabilă a mediului, manifestând prudență și precauție pentru prevenirea și controlul riscurilor producerii unor daune ecologice³⁷.

IV. Concluzii

Sub aspectul fundamentării răspunderii pentru daune ecologice, este important să se stabilească dacă există posibilitatea de a se prevedea cu certitudine care va fi evoluția în timp a pagubei, pentru a aprecia asupra culpabilității conduitei persoanei responsabile. În atare situații, se pune problema dacă poate fi reproșată persoanei responsabile vinovăția sa³⁸, cu toate că nu a avut posibilitatea de a anticipa asemenea consecințe, pentru a lua măsurile necesare prevenirii și înlăturării lor³⁹.

Ca atare, răspunderea pentru daune este angajată independent de atitudinea subiectivă a persoanei responsabile⁴⁰.

Pentru „pierderea unei șanse”⁴¹, răspunderea pentru daune ecologice prezintă anumite particularități.

În ceea ce privește caracterul grav și ireversibil al unor daune ecologice, trebuie menționate consecințele iremediabile și ireparabile pentru existența vieții pe pământ⁴².

³¹ Conform art. 1349 alin. 1 C. civ.

³² Claudiu Ramon D. Butculescu, *Considerații privind influența culturii juridice asupra codificării în România în perioada 1864-2009*, Știință și Codificare în România, Ed. Universul Juridic, 2011, p. 368.

³³ Lacrima Rodica Boilă, *op. cit.*, p. 506.

³⁴ G. Viney, P. Jourdain, în J. Ghestin (coord.), *Traité du droit civil, Les conditions de la responsabilité civile*, ed. a 3-a, L.G.D.J., Paris, 2006, p. 411-413.

³⁵ Denisa Barbu, *Drept procesual penal, Partea generală*, Ed. Lumen, Iași, 2016, p. 101.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Lacrima Rodica Boilă, *op. cit.*, p. 507.

³⁸ Denisa Barbu, *Controverse în jurisprudență cu privire la rezolvarea acțiunii civile în procesul penal*, Ed. Universul Juridic Premium, în Articole drept Penal și Procesual Penal Premium, 9.08.2017.

³⁹ *Ibidem*, p. 515.

⁴⁰ Art. 95 din Legea nr. 137/1995 prevede în mod expres caracterul obiectiv al acestei răspunderi, având în vedere faptul că dauna ecologică cuprinde nu numai consecințele vătămătoare directe sau indirecte, previzibile sau imprevizibile pentru om și bunurile sale, dar și anumite relații în mediu, prin afectarea unor procese ecologice până la dispariția vieții pe pământ.

⁴¹ Cauza Hanly v. Mitchel (Hantyl) St. Cir. Feb. 27 1972, 34ERL, 13.134, cu note de R.W. Findley, D.A. Ferber, *apud*. M. Pătrăuș, *op. cit.*, p. 72. În speță, Curtea de Apel a SUA a acordat despăgubiri de 5 milioane de dolari, costul asanării terenului, și 1,5 milioane dolari pentru lipsa de câștig prin pierderea utilității terenului ca urmare a constatării contaminării terenului proprietatea reclamantului cu cianură solidă de către un vecin care a depozitat deșeuri pe terenul său.

⁴² Lacrima Rodica Boilă, *op. cit.*, p. 516.

CONTRIBUȚIA JURISPRUDENȚEI LA EXPLICITAREA SEMNIFICAȚIILOR ȘI AFIRMAREA PRINCIPIULUI PRECAUȚIEI

Contribution of Jurisprudence in Explanation of Significance and Affirming of The Principle of Precaution

Sorin PĂUN*

Rezumat: *Principiul precauției a devenit o referință incontestabilă în toate reglementările privind riscurile. El a depășit câmpul dreptului mediului, manifestându-se ca un ghid de acțiune în materie de OMG, sănătate a consumatorilor și securitate alimentară și inspiră toate măsurile de supraveghere sanitară și securitate a produselor. Variatele reglementări și aplicații ale sale în multe domenii au generat și o jurisprudență diversă în plan național, cel al Uniunii Europene și internațional. Aceasta a acceptat că principiul precauției se impune respectat, deopotrivă, de către autoritățile publice și de întreprinderile private, sub două forme: adoptarea de proceduri de evaluare a riscurilor și, respectiv, luarea de măsuri provizorii și proporționale, adică nici definitive și nici excesiv de apăsătoare. În jurisprudența Curții de Justiție a UE s-a statuat că principiul precauției poate fi invocat pentru a justifica necesitatea unei evaluări a incidenței de mediu (CJUE, hotărârea din 26 mai 2011, cauza C 538/09). În jurisprudența de drept comparat soluțiile au fost diferite; în țări precum Franța, se pornește de la constatare constituționalizării principiului; în alte state, precum România, se are în vedere anvergura sa legislativă și aplicările practic-administrative.*

Cuvinte-cheie: *principiul precauției; constituționalizare; jurisprudență CJUE; CEDO; legea mediului; sănătate publică; securitate alimentară.*

Abstract: *The precautionary principle has become an indisputable reference in all risk regulations. It has gone beyond the field of environmental law, showing itself as a guide to action on GMOs, consumer health and food security, and inspires all measures of health surveillance and product safety. Its various regulations and applications in many areas have generated a diverse jurisprudence at national, European and international level. It accepted that the precautionary principle must also be respected by public authorities and private undertakings in two forms: the adoption of risk assessment procedures and provisional and proportionate measures, that is to say neither definitive nor excessive oppressive. In the case law of the EU Court of Justice it was stated that the precautionary principle can be invoked to justify the need for an environmental impact assessment (CJEU, Judgment of 26 May 2011, Case C 538/09). In the case law of comparison, the solutions were different; in countries like France, starts from the establishment of the constitutionalization of the principle; in other countries, such as Romania, its legislative scope and practical-administrative applications are considered.*

Keywords: *the precautionary principle; constitutionalisation; case law of the CJEU; ECHR; environmental law; public health; food security.*

Recunoașterea juridică a unui principiu al precauției exprimă preocuparea dreptului de a recepta schimbările societale și favoriza emergența de noi paradigme. De la o filozofie carteziană a dreptului s-a trecut treptat la o nouă etapă a reflecției juridice, mai apropiată de „presupus” și de „îndoială”. Rigidă piramidă kelseniană a dreptului și soclul său „Teoria pură a dreptului” s-au clătinat prin intrarea principiului precauției între categoriile juridice. Ca atare, mitul clarității juridice atât de drag pozitivistilor și exegeților a luat sfârșit prin apariția și afirmarea unei normativități refractară oricărei sistematizări absolute, Logica formală pleacă de la postulatul potrivit căruia „a cunoaște dreptul, este a cunoaște regulile”; un asemenea pozitivism se vede confruntat cu o altă logică: cea a „dreptului cu textură deschisă”.

Cum afirmă un autor, acest drept nu se bazează pe o metodologie exclusivă a logicii deductive formale ci și mai ales pe o strategie zisă a „legitimității normative”. Prin aceasta se înțelege construcția unei arhitecturi juridice plecând de la o bază de valori și aspirații societale noi. Dreptul nu-și trage astfel legitimitatea sa numai din conformitatea cu o raționalitate formală, ci, de asemenea, din aptitudinea și capacitatea sa adaptivă la exigențele societale. În această perspectivă, principiul precauției este o expresie și participă la afirmarea acestei schimbări.

Recunoașterea juridică și realizarea concretă a semnificațiilor sale au loc în strânsă independență cu cele ale principiului prevenirii.

Prevenirea presupune un studiu de risc, care să permită evitarea pagubelor și o acțiune bazată pe cunoaștere. Numai că nu întotdeauna consecințele deciziilor și acțiunilor pot fi cunoscute, total sau parțial, dinainte, iar absența certitudinii științifice nu poate constitui un pretext pentru a nu lua măsuri adecvate pentru prevenirea atingerilor grave

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: juridic_institut@yahoo.com.

și inevitabile aduse mediului. În fața acestei realități, în adoptarea deciziilor trebuie să se manifeste precauție, prudență, o diligență maximă, să se adopte măsuri preventive care să elimine pe cât posibil orice risc de degradare a mediului.

Precauția reclamă deci ca măsurile de precauție a mediului să fie adoptate chiar dacă nicio pagubă nu se prefigurează la orizontul apropiat. Sub aspectul probei, sarcina efectuării acesteia se inversează: ea revine acum celui care susține că activitatea sa nu are ori nu va avea niciun impact, până când acumularea de date științifice va proba că există o relație de la cauză la efect între acțiunile de dezvoltare din degradarea mediului.

Pentru a răspunde unor atare preocupări, din 1980 s-a afirmat, mai ales la nivelul politicilor și legislațiilor naționale de mediu, principiul precauției, care sugerează că anumite măsuri trebuie luate pentru ca eventualele pagube să fie evitate înainte ca pragul riscului de mediu să fie atins.

Așa, de exemplu, legea franceză 95-101 (zisă legea Barnier) privind mediul, formulează următoarea definiție a precauției „principiu potrivit căruia absența certitudinilor, ținând seama de cunoștințele științifice și tehnice ale momentului, nu trebuie să întârzie adoptarea de măsuri efective și proporționale vizând o prevenire a unui risc de pagube grave și ireversibile mediului, cu un cost acceptabil din punct de vedere economic”. Conform unei asemenea percepții legislative, principiul precauției constă, în principal, în modificarea calendarului luării în calcul a riscurilor, în sensul asumării lor precoc, fără a aștepta obținerea de certitudini științifice; totodată, departe de a cere o supralicitare de măsuri de precauție extreme, face din căutarea proporționalității acestora o referință centrală.

El a apărut ca o recunoaștere a incertitudinilor care afectează studiile de impact și gestiunea și care califică drept imprudentă atitudinea care ipotechează viitorul prin luarea de decizii ireversibile.

Din punct de vedere istoric, principiul precauției a fost enunțat pentru prima dată la nivel internațional în cadrul OCDE și într-o declarație ministerială din 1987, adoptată în urma și sub influența celei de-a doua Conferințe internaționale asupra protecției Mării Nordului (Londra, 1987). Ulterior, principiul a fost frecvent invocat în contextul reglementărilor vizând poluările marine, schimbările climatice, deșeurile toxice și produsele periculoase.

La nivel comunitar european, Tratatul de la Maastricht cuprinde regula precauției în art. 130R, iar directivele comunitare privind utilizarea și diseminarea organismelor modificate genetic din 1990 o aplică concret. Ea permite statelor comunitare o acțiune fără a aștepta ca toate probele care să concluzioneze în sensul existenței pericolului pentru mediu să fie științific stabilite. În sfârșit, principiul 15 al Declarației Conferinței ONU de la Rio de Janeiro (1992) afirmă că, în caz de risc de pagube grave ori inevitabile, absența certitudinii științifice absolute nu poate servi ca pretext pentru a amâna adoptarea de măsuri efective privind prevenirea degradării mediului, teză reluată și la Convenția asupra biodiversității.

Acest principiu s-a dezvoltat, în ultimii ani, și în alte documente ONU, fiind plasat în contextul preocupărilor vizând „asigurarea unui viitor durabil” și al promovării unor noi principii integrate, care să ducă sub aspect economic la o creștere reală, „în termeni verzi”.

Consacrat ca atare prin art. 3 lit. b) din O.U.G. nr. 195/2005, acest principiu se află încă în stare incipientă de recunoaștere la noi în țară, mai ales că semnificațiile sale nu sunt definite. El își completează și amplifică semnificațiile cu un alt principiu fundamental, cel al acțiunii preventive, prevenirea implicând precauțiunea, dar nereducându-se la aceasta.

Ca o concluzie, dezbaterile de până acum nu au reușit să stabilească un sens exact și unic al principiului, care poate fi interpretat fie ca o atitudine de prudență rezonabilă, care nu implică în mod necesar căutarea unei răspunderi, fie ca un nou fundament de răspundere în univers incert, putând transforma, *a priori*, procesele de decizie.

Aplicarea principiului presupune deci fie să nu se acționeze, adică respectarea unei obligații de abținere, renunțarea la o acțiune care nu este bine cunoscută și stăpânită, fie să se ia măsuri juridice și de altă natură pentru a limita viitoarele efecte asupra mediului și sănătății¹.

Analiza documentelor publice relevante și a pozițiilor teoretice exprimate permite formularea unor concluzii asupra semnificațiilor principiului. Astfel, aparținând gestiunii prospective a riscurilor, inclusiv pe termen lung, precauția este în conexiune cu noțiunea dezvoltării durabile. Presupune acordarea unui rol indispensabil identificării și analizei științifice a riscurilor, mai ales în privința reexaminării măsurilor în funcție de evoluția cunoștințelor. Aceasta înseamnă că nu trebuie să așteptăm de la acest principiu să conducă la luarea primelor măsuri care apar cele mai justificate având în vedere cunoștințele care vor fi dobândite ulterior: ele evoluează și cursul acțiunii trebuie să fie conceput ca revizibil, într-o perspectivă de formare care asociază experiența și dezvoltarea cunoștințelor.

La fiecare moment, un ansamblu de exigențe privesc măsurile de luat. Ele trebuie să fie proporționale cu nivelul de protecție căutat, starea cunoștințelor disponibile și reversibile, în scopul ca autoritățile să fie în măsură să țină seama de evoluția cunoștințelor. Trebuie, de asemenea, să fie coerente cu cele adoptate pentru gestiunea riscurilor similare, ceea ce implică adoptarea de abordări comparative. Evaluarea măsurilor trebuie să cuprindă o listă de ansamblu asupra avantajelor și costurilor de orice natură a acțiunilor generatoare de riscuri și a măsurilor de precauție

¹ Legea franceză din 2 februarie 1995 privind consolidarea protecției mediului îl definește astfel: „Absența de certitudine nu trebuie să întârzie adoptarea de măsuri vizând să prevină un risc de pagube grave și ireversibile.

prevăzute, recunoscându-se caracterul prioritar al exigențelor de protecție a sănătății publice. Este vorba deci de un evantai de măsuri care pot și trebuie să fie adoptate cu titlu de precauție, fără a le reduce numai la unele de interdicție.

În alt plan, principiul precauției reprezintă mai ales o problemă a autorităților publice. Aceasta înseamnă că actorii societății civile, întreprinderile ori persoanele private nu au obligația să interpreteze ceea ce le-ar reveni în mod direct din acest principiu; ei trebuie totuși, să-și aducă cu diligență concursul lor la o politică a precauției definită de autorități, în cadrul reglementar stabilit de aceasta și a respecta regulile permanente. Asemenea caracteristici fac astfel ca judecătorul să joace un rol esențial în dezvoltarea normativ-jurisprudențială a principiului. Totodată, acesta se va bucura de o mai bună recepție în ordinele juridice în care judecătorul deține un loc important în aplicarea și chiar crearea dreptului, precum în sistemele de *common law*. Este, de asemenea, cazul dreptului comunitar și cel al Organizației Mondiale a Comerțului (OMC). În privința acestuia din urmă se știe că în cadrul OMC există o formă originală de jurisdicție obligatorie și că o serie de contencioase au presupus recurgerea la acest principiu.

1. Reacții jurisprudențiale la principiul precauției. Prima dată, Curtea de Justiție a CE a uzitat, fără însă a-l denumi, de principiul precauției, în cazul unei retrimiteri prejudiciabile vizând aprecierea aplicării unei reglementări comunitare care interzice folosirea de nave mai mari de 2,5 km lungime. Reglementarea litigioasă privind protecția resurselor de stufăriș a fost fundamentată pe articolul 39 al Tratatului CE referitor la politica agricolă și la politica pescuitului, ceea ce nu interzicea să integreze și preocupările privind protecția mediului. Reglementarea preciza că măsurile de conservare a resurselor piscicole sunt elaborate în lumina datelor științifice disponibile. Curtea a apreciat, prin urmare, că „absența sau caracterul neconcludent al unui asemenea aviz nu trebuie să împiedice Consiliul să adopte măsurile pe care le consideră ca fiind indispensabile pentru realizarea obiectivelor politicii comune în domeniul piscicol”².

Jurisprudența a admis în alte cauze că, atâta timp cât subzistă incertitudini, atât cu privire la existența, cât și cu privire la suportarea riscurilor privind sănătatea persoanelor, instituțiile pot lua măsuri de protecție, fără a trebui să aștepte ca realitatea și gravitatea acestor riscuri să fie demonstrată total.

Această abordare este relevată în art. 130 R parag. 1 al Tratatului CE, conform căruia, protecția sănătății persoanelor aparține și obiectivelor politicii comunitare în domeniul mediului. Paragraful 2 al aceluiași articol prevede că această politică, vizând un nivel ridicat de protecție, se fundamentează în mod notabil pe principiile precauției și al acțiunii preventive și că exigențele în materia protecției mediului trebuie să fie integrate în definiția și punerea în practică a celorlalte politici comunitare.

O asemenea apreciere se găsește în sentința din cauza Regatul Unit contra Comisiei³. Afirmarea puternică de Curte a validității măsurilor de apărare adoptate de Comisie în absența certitudinilor științifice apare ca o luare de poziție în favoarea principiului precauției, cu ocazia exercitării unui control de proporționalitate, pentru toate acestea, perfect legitim. Acolo unde raționamentul Curții poate totuși surprinde, este datorită manierei sale de a introduce o referire la art. 130R (art. 174). Comunitatea, ale cărei competențe sunt de atribuire, nu se găsește investită pentru a legisla cu privire la art. 130R și următoarele, decât în domeniul mediului.

În absența unei baze juridice precise privind aplicarea principiului precauției, în alte domenii decât mediul, afirmarea de către Curte a meritelor unei abordări paralele nu ar putea crea noi competențe în beneficiul Comunității.

Utilizarea pe scară largă, în agricultură, a organismelor modificate genetic (OMG), care generează creșteri substanțiale ale productivității, a făcut uneori să se invoce principiul precauției. În timp ce oamenii de știință sunt ei înșiși puternic divizați, puterea politică a intervenit atât la nivel național, cât și comunitar, pentru a defini regulile cărora să li se supună utilizarea și comercializarea OMG. În mod special, Directiva nr. 90/220 a Consiliului, din 30 aprilie 1990, adoptată pe fundamentul art. 100 A al TCEE (95 TCE), definește o procedură complexă de validare, în cursul căreia se succed faze naționale și comunitare. În acest context procedural, ministerul francez al agriculturii a modificat, printr-un ordin, Catalogul oficial al speciilor și varietăților de plante cultivate în Franța, pentru a face să figureze aici o specie de porumb modificat genetic produs de Novartis. Cinci recurenți, printre care și Greenpeace Franța, au sesizat Consiliul de Stat cu o cerere de anulare a deciziei. Unii recurenți au cerut, de asemenea, și suspendarea executării, pe care înalta instanță de contencios administrativ a acordat-o (decizia din 25 septembrie 1998), estimând că referirea făcută la principiul precauției, în stadiul instrucției, părea serioasă.

În timp ce Consiliul de Stat al Franței a abordat problema pornind de la chestiunea de fond, el s-a lovit de o problemă de interpretare a Directivei nr. 90/220, pe care a supus-o, cu titlul prejudicial, soluționării Curții de Justiție a CE. Era vorba, în fond, de a ști dacă, în termenii procedurii descrise de către directivă, atunci când un stat sesizase Comisia cu o cerere de punere pe piață a unui OMG și când în privința problemei de procedură interveniseră toate statele membre și se permitea o evaluare contradictorie a riscurilor, iar Comisia lua o decizie favorabilă, autoritatea națională păstra la final o putere de apreciere, care să-i permită să refuze, în cele din urmă, să-și dea consimțământul cu privire la punerea pe piață a OMG.

² CJCE, C-405/92, Mondiet c. Armements Islais, hotărârea din 24 noiembrie 1993, p. I-6133.

³ CJCE, C-180/96, Regatul Unit c. Comisiei Europene, hotărârea din 5 mai 1998.

În afara aspectelor procedurale, Avocatul general Mischo a abordat subiectul din unghiul care ne interesează, punând următoarea problemă: „Dacă interpretăm directiva ca impunând statului membru să-și dea consimțământul, din moment ce Comisia a adoptat o decizie favorabilă sau din moment ce un consens ar putea fi atins între statele membre, nu riscăm oare să ignorăm exigențele principiului precauției?” Avocatul general notează în final că „nimeni nu a îndrăznit să sugereze că principiul (precauției) nu-și găsește aplicarea, decât atunci când legiuitorul comunitar adoptă reguli în materie de mediu, făcând recurs la art. 130 S al Tratatului și putând fi ignorat, deoarece art. 100 A este recunoscut ca bază juridică”. De asemenea, el ia în mod indirect poziție cu privire la dezbateră juridică evocată mai sus, care, conform Avocatului general Mischo, care concluzionează la 29 noiembrie 1999, ar fi în curs de a fi depășită. Ar exista un anumit consens pentru ca principiul precauției să poată fi invocat în afara domeniului exclusiv al mediului. Urmarea raționamentului subliniază avantajul pe care l-am putea trage dintr-o abordare procedurală pentru a releva dificultățile situației unde se impune respectarea principiului precauției. Avocatul general afirmă că procedura instituită de directivă nu poate în niciun caz să reușească, iar principiul precauției să fie sacrificat, din moment ce fiecare etapă poate pune în față riscurile pe care le reprezintă introducerea pe piață a OMG în cauză.

Sentința Curții nu scapă de critica potrivit căreia exigența unei competiții legate de statul membru se lovește de principiul precauției. I se răspunde invocând dispozițiile procedurale (punctul 44): respectarea principiului precauției își găsește expresia, pe de o parte, în obligația notificantului de a informa imediat autoritatea competentă despre elementele noi apărute privind riscurile pe care poluarea le produce pentru sănătatea umană sau mediu, ca și prin obligația autorității competente de a informa imediat Comisia și celelalte state membre, pe de altă parte, despre facultatea oricărui stat membru de a limita sau de a interzice, cu titlu provizoriu, utilizarea și/sau vânzarea pe teritoriul său a unui produs care a făcut obiectul unui consimțământ, având motive temeinice de a considera că prezintă un risc pentru sănătatea umană și mediu. Astfel, Curtea demonstrează în mod convingător cum respectarea procedurilor contradictorii poate ajuta la rezolvarea dificultăților ridicate de punerea în operă a principiului precauției.

Ca atare, mai este de așteptat o luare de poziție indiscutabilă a curții, care, după cum am văzut, nu a consacrat niciodată expres principiul precauției ca pe un principiu general al dreptului comunitar, dar a uzitat de acesta, în moduri extrem de diverse (trimitere prejudicială în interpretare și în aprecierea validității, acțiune în anulare, responsabilitate), considerându-l principiu autonom, aplicabil chiar și în absența unui fundament precis în dreptul pozitiv.

2. Principiile formulate în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. Deciziile vizând problemele mediului au relevat o opoziție evidentă între principiul libertății circulației mărfurilor și proiectele de dezvoltare, pe de o parte, și exigențele protecției mediului, pe de altă parte. Din această „concuranță” permanentă exprimată și la nivelul hotărârilor înaltei instanțe comunitare, s-au formulat și s-au afirmat o serie de reguli cu valoare de principiu, respectiv:

1. *Protecția mediului exprimă un interes esențial și prioritar.* Chiar dacă fundamentul însuși al tratatului constitutiv este reprezentat de libera circulație a mărfurilor și organizarea liberei concurențe, acest principiu nu are un caracter absolut și își găsește limitele în obiectivele de interes general, printre care se numără și protecția mediului, considerată esențială și prioritară.

2. *Libertatea statelor de a stabili norme proprii.* Protecția mediului, care constituie un obiectiv de interes general și esențial, este o normă superioară libertății de circulație, dacă nu există texte comunitare de uniformizare a legislațiilor naționale, ceea ce înseamnă că statele sunt libere să edicteze propriile norme.

3. *Fundamentul juridic al directivelor comunitare în materie de mediu.* Articolul 130S din Tratatul constitutiv spune că nu se poate fonda o directivă pe art. 100A al tratatului, care are ca finalitate eliminarea disparităților în privința concurenței și art. 130S, care are ca obiectiv protecția mediului.

Aceste principii au fost ilustrate mai ales în două domenii: cel al conflictului dintre dezvoltare, ca interes superior, și protecția mediului și cel al libertății statelor membre de a face mai severe în dreptul intern regulile comunitare.

În privința practicii judiciare a Curții, „conflictul” dintre dezvoltare și protecția mediului a devenit (aproape) clasic. Contenciosul se declanșează printr-o plângere, provenită de la Comisie (și, în unele cazuri, chiar de la un stat) și se îndreaptă împotriva altui stat pentru abatere. Curtea trebuie atunci să stabilească un bilanț între avantajele dezvoltării și prejudiciile aduse mediului prin realizarea proiectului.

Așa, de exemplu, în hotărârea din 28 februarie 1991⁴, Curtea a început prin a arăta că un stat nu poate reduce o zonă de protecție specială instituită în aplicarea unei directive comunitare, reamintind că interesele dezvoltării economice nu pot fi superioare obiectivului protecției naturii, dar a sfârșit decizând că, în definitiv, măsurile compensatorii, în raport cu activitatea economică, pot fi luate în considerație și, ținând seama de acestea, Curtea a respins recursul în nedefinire introdus de Comisie împotriva RFG.

Soluția a fost identică și în cazurile în care s-a pus problema unei reglementări naționale mai severe decât dispozițiile directivei comunitare.

⁴ CJCE, C. 57/89, Comisia c. RFG, hotărârea din 28 februarie 1991.

2.1. Concluzii

Dincolo de implicațiile și semnificațiile lor juridice, principiile au un rol important în regularizarea raporturilor dintre regimurile de mediu și de comerț liber ale CE⁵. Într-adevăr, puternic caracterizată prin pluralism, legislația postmodernă, precum dreptul comunitar, este dominată de o logică contradictorie, dacă nu chiar generatoare de conflicte. Folosirea de statele membre ale UE a restricțiilor de mediu afectează principiul comerțului liber, iar principiile, precum cele ale prevenirii și precauției, pot constitui punți între cele două zone normative, înclinând balanța în favoarea intereselor mediului și ale sănătății publice. Ele contribuie, totodată, la promovarea integrării cerințelor unui înalt nivel de protecție a mediului în politicile comunitare, inclusiv în planul pieței interne a CE.

⁵ N. de Sadeleer, *Environmental Principles*, op. cit., p. 364-365.

PRINCIPIUL SECURITĂȚII JURIDICE ÎN JURISPRUDENȚA CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE ȘI ROLUL ACESTUIA ÎN DEZVOLTAREA DREPTULUI ROMÂN

The Principle of Legal Security in The Jurisprudence of The European Union Court of Justice and its Role in The Development of Romanian Law

Marius Cătălin MITREA*

Rezumat: *Principiul securității juridice este principiul fundamental al dreptului, cu rolul de a preveni și înlătura nesiguranța dreptului în multiplele sale forme, riscul aplicării neunitare a dispozițiilor legale, precum și abaterile dreptului de la scopurile și valorile sociale. Luând în considerare că ceea ce conferă valoare și utilitate dreptului este tocmai stabilitatea sa, principiul securității juridice vizează însuși pericolul venit din partea dreptului, constituit din insecurități create sau pe care riscă să le creeze.*

Prezenta cercetare științifică propune o prezentare succintă a principiului securității juridice și a elementelor sale specifice, în cadrul unei incursiuni în jurisprudența în domeniu a Curții de Justiție a Uniunii Europene, urmată de prezentarea efectelor concrete ale rolului acestuia în dreptul românesc.

Cuvinte-cheie: *Securitate juridică, jurisprudență, Curtea de Justiție a Uniunii Europene, dezvoltarea dreptului român.*

Abstract: *The principle of legal security is one of the fundamental principles of law, with the role of preventing and removing the uncertainty of law in its many forms, such as the risk of non-uniform application of legal provisions, as well as the law's digression from social goals and values. Thus, considering that what gives law added value and utility is precisely its stability, the principle of legal security also addresses the threat coming from the law itself, consisting of created insecurities or that might be created.*

This scientific research proposes a short presentation of the legal security principle and its specific elements, within a foray into the relevant jurisprudence of the Court of Justice of the European Union, followed by a presentation of its certain effects on the Romanian law.

Keywords: *Legal security, jurisprudence, Court of Justice of the European Union, development of the Romanian law.*

I. Considerații introductive

Gustav Radbruch, unul dintre cei mai reprezentativi filosofi ai dreptului, a considerat *securitatea juridică* – în accepțiunea sa de certitudine juridică – ca fiind *unul dintre cei trei piloni fundamentali ai dreptului*¹, alături de *cei ai dreptății* și *obiectivității*. Progresiv, securitatea juridică a fost recunoscută la nivel internațional drept o cerință indispensabilă *stării de drept, a domniei legii*². Astfel formulat³ și consacrat în dreptul public, principiul securității juridice a fost recunoscut și aplicat de către Curtea de Justiție a Comunităților Europene (devenită ulterior a Uniunii Europene), începând cu decizia emisă în cauza *De Geus en Uitdenboger vs Bosch (C 13-61)*, în data de 6 aprilie 1962.

Datorită jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), *principiul securității juridice a devenit principiu general al dreptului unional*, înglobând totodată mai multe principii și elemente specifice constitutive, precum *principiul clarității și asigurării interpretării unitare a legii, principiul accesibilității legii, principiul previzibilității și stabilității legii, principiul încrederii și așteptărilor legitime, principiul neretroactivității legii penale*, precum și *combaterea abuzului de putere*.

În dreptul național, atenția acordată securității juridice a fost intensificată în contextul apartenenței României la Uniunea Europeană și Consiliul Europei, prin impulsionearea conferită de jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, respectiv a Curții Europene a Drepturilor Omului, în domeniile lor de competență.

* Consilier juridic, Ministerul Apărării Naționale; e-mail: marius@mitrea.org.ro.

¹ Leawood, Heather, „Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher” în *Washington University Journal of Law & Policy*, volumul 2 *Re-Engineerig Patent Law: The Challenge of New Technologies*, 2000, pp. 494-495.

² Considerăm că expresia franceză „État de droit” poate fi tradusă, mai fidel, drept „starea de drept”, apropiată expresiei anglo-saxone „rule of law”, iar nu cu sintagma general acceptată „statul de drept”, care poate duce către alte sensuri.

³ Securitatea juridică a fost analizată în perioada interbelică de către marele academician jurist Andrei Rădulescu, patronul spiritual al Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române, în lucrarea „*Siguranța dreptului*”, publicată în *Curierul Judiciar* (1932).

II. Definirea principiului securității juridice

Principiul securității juridice – denumit și **principiul stabilității raporturilor juridice** – este **principiul fundamental al dreptului, cu rolul de a preveni și înlătura nesiguranța dreptului în multiplele sale forme**⁴ (alcătuirea defectuoasă, neclară și imprecisă a legislației; proliferarea dezordonată a textelor normative; lipsa unor sancțiuni energice și eficiente; desele schimbări ale sistemului normativ, prin modificări, completări și abrogări; instabilitatea normelor și degradarea acestora; gradul de cristalizare insuficientă și caracterele îndoielnice ale cutumelor, abuzurile și practicile neconstituționale și ilegale ale puterilor în stat)⁵, **riscul aplicării neunitare a dispozițiilor legale** (disfuncționalitățile puterii judecătorești și gradul însemnat de variabilitate al jurisprudenței), **precum și abaterile dreptului de la scopurile și valorile sociale** (abuzurile de putere ale Adunării Constituyente, izvorâte din capacitățile sale fără limite; abuzurile puterilor în stat; neglijența, dezinteresul și abuzurile agenților statului).

Astfel, luând în considerare că ceea ce conferă valoare și utilitate dreptului este tocmai stabilitatea sa⁶, **principiul securității juridice vizează însuși pericolul venit din partea dreptului, constituit din insecurități create sau pe care riscă să le creeze**⁷.

Elementele specifice ale securității juridice se pot grupa în două categorii principale, anume **cele care vizează calitatea dreptului**, definind **axa formală**, respectiv **cele care privesc asigurarea previzibilității și stabilității normative**, definind **axa temporală**⁸.

III. Principiul securității juridice și elementele sale specifice în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene

a) Claritatea instrumentului normativ

Adoptarea legislației cu efecte juridice în Uniunea Europeană trebuie să aibă un temei juridic adecvat, iar aceasta trebuie formulată astfel încât să fie în mod clar înțeleasă de cei cărora le este destinată. În **cauza Anagnostakis v Comisia (C-589/15 P)**⁹, Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat asupra recursului formulat împotriva hotărârii Tribunalului¹⁰ de respingere a acțiunii în anulare împotriva unei *decizii a Comisiei prin care s-a refuzat înregistrarea unei propuneri de inițiativă cetățenească europeană*, prezentată în temeiul articolului 4 alineatul (2) litera (b) din *Regulamentul (UE) nr. 211/2011 al Parlamentului European și al Consiliului din 16 februarie 2011 privind inițiativa cetățenească*¹¹. În ceea ce privește obligația Comisiei de a informa organizatorii unei inițiative cetățenești referitor la motivele refuzului de a înregistra propunerea acestora, potrivit art. 4 alin. (3) din *Regulamentul* susmenționat, Curtea a subliniat mai întâi că, ținând seama de importanța inițiativei cetățenești europene ca mijloc al cetățenilor de a participa la viața democratică a Uniunii, *Comisia trebuia să motiveze în mod clar un astfel de refuz. Având însă în vedere caracterul mult prea succint și lipsa de claritate a propunerii de inițiativă în discuție, Curtea a confirmat aprecierea Tribunalului potrivit căreia decizia de refuz a Comisiei a fost motivată suficient în speță*¹². Condiția clarității instrumentului normativ este strâns legată de principiul încrederii legitime.

a) Încrederea și așteptările legitime

Doctrina încrederii și a așteptărilor legitime, avându-și rădăcinile în **principiul bunei credințe**¹³ afirmă că **cei care acționează cu bună-credință în baza legii, așa cum este sau pare a fi, nu ar trebui să fie frustrați în așteptările lor**¹⁴. Aceasta înseamnă că o instituție a Uniunii Europene, odată ce a determinat o parte să se angajeze într-un anumit mod, nu ar trebui să renunțe la poziția sa anterioară, dacă prin aceasta ar face ca acea parte să fie prejudiciată. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a analizat și exprimat doctrina așteptărilor legitime în numeroase cazuri, mai ales cele implicând politica agricolă comună, respectiv regulamentele Consiliului, unul dintre cele mai paradigmatic cazuri fiind **Mulder v Minister van Landbouw en Visserij (C 120/86)**¹⁵. Totodată, în **cauza**

⁴ A se vedea și Vadim Enicov, *op. cit.*, p. 48, *apud* Ion Brad, *Revocarea actelor administrative*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 158.

⁵ Eugen Iorga, Alina Topârceanu, *Provocări actuale la adresa securității juridice ca fundament al statului de drept*, <https://intelligence.sri.ro>, publicat de 8 august 2011, accesat ultima dată pe 20 martie 2019, la URL: <https://intelligence.sri.ro/provocari-actuale-la-adresa-securitatii-juridice-ca-fundament-al-statului-de-drept/>.

⁶ *Ibidem*, p. 47.

⁷ Vadim Enicov, *op. cit.*, p. 49 *apud* Lucien François, „Le problème de la sécurité juridique” în *La sécurité juridique*, Ed. Jeune Barreau de Liège, Liège, 1993, p. 10.

⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁹ Inițiativa cetățenească urmărea consacrarea în legislația Uniunii a „principiului stării de necesitate”. Potrivit acestuia, se realiza cadrul necesar ștergerii datoriei publice a statelor a căror existență financiară și politică era amenințată ca urmare a datoriei.

¹⁰ Hotărârea Tribunalului din 30 septembrie 2015 în *Cauza Anagnostakis v Comisia (T-450/12)*.

¹¹ 2017 *Raport anual, activitatea judiciară: Rezumatul activității judiciare a Curții de Justiție și a Tribunalului Uniunii Europene*, Luxemburg, 2018, p. 24.

¹² *Ibidem*, pp. 24-25.

¹³ Chalmers, Damian, *European Union law: text and materials*, Cambridge University Press, 2006 p. 455.

¹⁴ Alina Kaczorowsky, *European Union law*. Taylor & Francis, 2008, p. 232.

¹⁵ *Cauza Mulder v Minister van Landbouw en Visserij (C 120/86)*.

DM-Drogerie markt GmbH & Co. KG v Oficiul pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (T-36/09), Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că „*actele instituțiilor, organelor, oficiilor și agențiilor Uniunii se bucură în principiu de o prezumție de legalitate și produc, așadar, efecte juridice chiar dacă sunt viciate de neregularități, atât timp cât nu au fost anulate sau retrase*. Totuși, prin excepție de la acest principiu, *actele viciate de o neregularitate având o gravitate atât de evidentă încât nu poate fi tolerată de ordinea juridică a Uniunii trebuie să fie prezumate, chiar din oficiu, că nu au produs niciun efect juridic, cu alte cuvinte, să fie considerate inexistente din punct de vedere juridic*. Această excepție urmărește să mențină un *echilibru între două cerințe fundamentale, dar uneori antagoniste pe care trebuie să le îndeplinească o ordine juridică, și anume stabilitatea raporturilor juridice și respectarea legalității*. Gravitatea consecințelor juridice legate de constatarea inexistenței unui act presupune ca, pentru motive de securitate juridică, această constatare să se limiteze la ipoteze extreme”¹⁶. Totodată, „chiar în absența unei dispoziții, *posibilitatea de a invoca principiul protecției încrederii legitime aparține oricărui particular pe care o instituție, prin furnizarea unor asigurări precise, l-a determinat să nutrească speranțe întemeiate*. Constituie astfel de asigurări, indiferent de forma în care sunt comunicate, *informații precise, necondiționate și corespunzătoare, emise de surse autorizate și de încredere*. În schimb, *nimeni nu poate invoca o încălcare a acestui principiu în lipsa unor asigurări precise furnizate de administrație*. O parte nu este, așadar, în drept să se prevaleze de tăcerea administrației pentru a invoca încălcarea principiului protecției încrederii legitime”¹⁷. În ceea ce privește posibilitatea de a invoca principiul protecției încrederii legitime pentru a evita decăderea, „*un reclamant trebuie să poată invoca speranțe întemeiate pe asigurări precise furnizate de administrație, de natură să provoace o confuzie admisibilă în percepția unui justițiabil de bună-credință și care dă dovadă de întreaga diligență cerută unei persoane normal informate*”¹⁸.

b) Certitudinea juridică

Principiul certitudinii juridice este esențial în siguranța dreptului. Astfel, în **cauza De Geus en Uitdenbogerd v Bosch (C 13-61)**, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că *este necesar să se cunoască cu certitudine instrumentul normativ aplicabil*, în caz contrar existând posibilitatea ca acordurile/contractele vizate să fie lovite de nulitate absolută chiar înainte de a fi fost posibil să se cunoască instrumentul normativ aplicabil¹⁹.

c) Accesibilitatea legii

În dreptul Uniunii Europene, principiul securității juridice stabilește că *legile nu trebuie să intre în vigoare înainte de publicare*. De asemenea, principiul accesibilității legii prevede necesitatea publicării unor informații suficiente în vederea permiterii părților să cunoască și să respecte legile. Tot în cauza **De Geus en Uitdenbogerd v Bosch (C 13-61)**, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a stabilit că *acordurile și deciziile care nu au fost notificate la timp sunt nule de drept*²⁰.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat asupra accesibilității legii și în cauza **Opel Austria v Consiliul T-115/94(92)**²¹. În această cauză, Opel Austria GmbH înaintase o acțiune împotriva Consiliului, contestând un Regulament care și-a produs efecte înainte de a fi notificat și publicat, încălcându-se astfel, principiul securității juridice. Curtea a stabilit că *Regulamentul Consiliului nu putea intra în vigoare înainte de a fi publicat*.

d) Neretroactivitatea legii penale

Neretroactivitatea legii reprezintă unul din fundamentele securității juridice și trebuie identificat un echilibru între exigența de securitate juridică, pe de o parte, și necesitățile de adaptare și respectul pentru legalitate, pe de altă parte. Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a pronunțat în numeroase cazuri prin invocarea principiului neretroactivității legii penale, un exemplu în acest fel fiind cazul **Taricco și alții (C-105/14)**, prilej cu care a precizat că „*principiul neretroactivității legii penale se opune în special ca o instanță să poată, în cursul unei proceduri penale, fie să sancționeze penal un comportament care nu este interzis de o normă națională adoptată înainte de săvârșirea infracțiunii imputate, fie să agraveze regimul răspunderii penale a celor care au făcut obiectul unei astfel de proceduri*”²².

e) Combaterea abuzului de putere

Combaterea abuzului de putere este un alt element important al principiului general al certitudinii juridice în dreptul Uniunii Europene. Acesta precizează că *o putere legală nu trebuie exercitată în alt scop decât cel pentru care a fost conferită*. Astfel, *este cazul unui abuz de putere dacă, pe baza unor dovezi obiective, relevante și coerente, un instrument juridic normativ a fost adoptat cu scopul exclusiv sau principal de a atinge orice alt scop decât cele specificate*. Un exemplu rar în care Curtea de Justiție a Uniunii Europene a stabilit că o instituție a Uniunii

¹⁶ DM-Drogerie markt GmbH & Co. KG v Oficiul pentru Armonizare în cadrul Pieței Interne (T-36/09).

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ibidem. În ceea ce privește aplicarea principiului încrederii legitime prin claritate, predictibilitate, unitate și coerență, se poate consulta și Cauza Facini Dori v Recreb Srl (C 91/92) și Cauza Foto-Frost v Hauptzollamt Lubeck-Ost (C 314/85).

¹⁹ Cauza De Geus en Uitdenbogerd v Bosch (C 13-61).

²⁰ Ibidem.

²¹ Cauza Opel Austria v Consiliul (T-115/94).

²² 2017 Raport anual, activitatea judiciară: Rezumatul activității judiciare a Curții de Justiție și a Tribunalului Uniunii Europene, Luxemburg, 2018, pp. 31-32.

Europene a comis un abuz de putere și, prin urmare, a încălcat principiul general al incertitudinii juridice este *Franco Guffrida v Consiliul Comunităților Europene*²³.

IV. Rolul principiului securității juridice în dezvoltarea dreptului intern

1. Legislația națională

Rolul principiului securității juridice în dezvoltarea dreptului român este crucial, în contextul impulsiei directe și/sau indirecte susținute prin jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. Astfel, cu toate că, în dreptul român, principiul securității juridice nu a fost precizat expres, elementele specifice acestuia sunt consacrate în prevederile art. 1 din Constituție, care stabilește că „România este stat de drept, democratic și social, în care demnitatea omului, drepturile și libertățile cetățenilor, libera dezvoltare a personalității umane, dreptatea și pluralismul politic reprezintă valori supreme, în spiritul tradițiilor democratice ale poporului român și idealurilor Revoluției din decembrie 1989, și sunt garantate”. De asemenea, „Statul se organizează potrivit principiului separației și echilibrului puterilor – legislativă, executivă și judecătorească – în cadrul democrației constituționale”, în timp ce, „în România, respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”²⁴. Totodată, potrivit art. 15 din Constituție, „legea dispune numai pentru viitor, cu excepția legii penale sau contravenționale mai favorabile (principiul neretroactivității n.a.)”²⁵. Sumarizând caracteristicile, constatăm că majoritatea elementelor constitutive ale securității juridice sunt îndeplinite.

*Obligația generală de respectare a Constituției, a supremației sale și a legilor, proclamată prin art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală s-a impus tuturor subiectelor de drept, inclusiv puterii Legislative, care trebuie să se asigure că activitatea de legiferare se realizează în limitele și în concordanță cu Legea fundamentală și, totodată, să asigure calitatea legislației. Aceasta întrucât, pentru a respecta legea, ea trebuie cunoscută și înțeleasă, iar pentru a fi înțeleasă, trebuie să fie suficient de precisă și previzibilă, așadar să ofere securitate juridică destinatarilor săi*²⁶.

Cerințele cu privire la forma (axa formală), respectiv tehnica de redactare a legislației din România se regăsesc, în principal, în art. 8, 36 și 48 din *Legea nr. 24/ 2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative*, republicată, cu modificările și completările ulterioare. Astfel, potrivit art. 8 din susmenționatul instrument normativ,

– proiectele de legi, propunerile legislative și celelalte proiecte de acte normative se redactează în *forma prescriptivă proprie normelor juridice*. Prin modul de exprimare actul normativ trebuie să asigure dispozițiilor sale un caracter obligatoriu.

– *Dispozițiile cuprinse în actul normativ pot fi, după caz, imperative, supletive, permissive, alternative, derogatorii, facultative, tranzitorii, temporare, de recomandare sau altele asemenea; aceste situații trebuie să rezulte expres din redactarea normelor.*

– *Textul legislativ trebuie să fie formulat clar, fluent și inteligibil, fără dificultăți sintactice și pasaje obscure sau echivoce. Nu se folosesc termeni cu încărcătură afectivă. Forma și estetica exprimării nu trebuie să prejudicieze stilul juridic, precizia și claritatea dispozițiilor (principiul clarității n.a.).*

De asemenea, art. 36 stabilește stilul actelor normative, în implementarea *principiului clarității*. Potrivit acestuia:

– *Actele normative trebuie redactate într-un limbaj și stil juridic specific normativ, concis, sobru, clar și precis, care să excludă orice echivoc, cu respectarea strictă a regulilor gramaticale și de ortografie.*

– *Este interzisă folosirea neologismelor, dacă există un sinonim de largă răspândire în limba română. În cazurile în care se impune folosirea unor termeni și expresii străine, se va alătura, după caz, corespondentul lor în limba română.*

– *Termenii de specialitate pot fi utilizați numai dacă sunt consacrați în domeniul de activitate la care se referă reglementarea.*

– *Redactarea textelor se face prin folosirea cuvintelor în înțelesul lor curent din limba română modernă, cu evitarea regionalismelor. Redactarea este subordonată dezideratului înțelegerii cu ușurință a textului de către destinatarii acestuia.*

În ceea ce privește înțelegerea textului, art. 48 prevede că:

– *dacă în cuprinsul unui articol se utilizează un termen sau o expresie care are în contextul actului normativ un alt înțeles decât cel obișnuit, înțelesul specific al acesteia trebuie definit în cadrul unui alineat subsecvent. În cazul în*

²³ *Franco Guffrida v Consiliul Comunităților Europene* (C 105/75).

²⁴ *Constituția României din 1991*, republicată.

²⁵ Curtea Constituțională a României a statuat prin Decizia nr. 838/ 2009, că „potrivit art. 147 alin. (4) din Constituție, „Deciziile Curții Constituționale se publică în Monitorul Oficial al României. De la data publicării, deciziile sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor”. Efectul juridic al actelor Curții „constituie o aplicare a principiului neretroactivității, garanție fundamentală a drepturilor constituționale de natură a asigura securitatea juridică și încrederea cetățenilor în sistemul de drept, o premisă a respectării separației puterilor în stat, contribuind în acest fel la consolidarea statului de drept” (Predescu Ion, Safta Marieta, *Principiul securității juridice, fundament al statului de drept*, în Buletinul Curții Constituționale nr. 1/2009, pp. 5-17.

²⁶ Predescu Ion, Safta Marieta, *op. cit.*

care frecvența unor astfel de termeni și expresii este mare, actul normativ trebuie să cuprindă în structura sa un grupaj de definiții sau o anexă cu un index de termeni.

– **Pentru claritatea, concizia și caracterul unitar al textului unui articol se recomandă ca acesta să nu fie format dintr-un număr prea mare de alineate.**

Principiul accesibilității este aplicat în fundamentul art. 11 care reglementează publicarea actelor normative în Monitorul Oficial. Combaterea **proliferării dezordonate a textelor normative** este realizată prin art. 13 dedicat integrării actului în ansamblul legislației. Potrivit informațiilor puse la dispoziție de către Consiliul Legislativ din România, până în prezent au fost adoptate peste 6000 de acte normative care, deși au fost publicate în Monitorul Oficial (fiind astfel îndeplinită cerința publicității), nu sunt accesibile majorității populației. În pofida acestor realități, nimeni nu poate invoca necunoașterea legii (*nemo censetur ignorare legem*)²⁷.

Raportul cu legislația Uniunii Europene este reglementat în art. 22 care stabilește că „soluțiile legislative preconizate prin noua reglementare trebuie să aibă în vedere reglementările în materie ale Uniunii Europene, asigurând compatibilitatea cu acestea”.

2. Hotărâri ale Curții Constituționale

Lipsa accesibilității și a previzibilității dispozițiilor legale a fost din ce în ce mai des invocată în fața Curții Constituționale, care s-a pronunțat asupra încălcării acestor exigențe, într-o serie de cauze. Astfel, prin **Decizia nr. 453/2008**, constatând neconstituționalitatea **Legii pentru modificarea Legii nr. 115/1996 pentru declararea și controlul averii demnitarilor, magistraților, a unor persoane cu funcții de conducere și de control și a funcționarilor publici**, Curtea a reținut că **modificările propuse de legiuitor sunt imprecise și inadecvate**, întrucât este utilizată expresia „diferențe nejustificabile”, a cărei sferă de cuprindere nu poate fi determinată²⁸.

V. Concluzii

Principiul securității juridice este unul dintre principiile fundamentale ale dreptului. *Cu rolul de a preveni și înlătura nesiguranța dreptului în multiplele sale forme, riscul aplicării neunitare a dispozițiilor legale, precum și abaterile dreptului de la scopurile și valorile sociale, principiul securității juridice este cel care îi conferă stabilitate dreptului.*

Principiul securității juridice s-a format în timp: formulat în prima parte a secolului al XX-lea, a fost aprofundat în a doua jumătate a aceluiași secol, și s-a cristalizat la începutul secolului al XXI-lea, în contextul unei jurisprudențe productive atât a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și a Curții Europene a Drepturilor Omului. Datorită jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene (CJUE), **principiul securității juridice a devenit principiu general al dreptului unional**, înglobând totodată mai multe principii și elemente specifice constitutive precum *principiul clarității și asigurării interpretării unitare a legi, principiul accesibilității legii, principiul previzibilității și stabilității legii, principiul încrederii și așteptărilor legitime, principiul neretroactivității legii penale*, precum și măsurile de combatere a abuzului de putere.

În dreptul național, atenția acordată securității juridice a fost intensificată în contextul apartenenței României la Uniunea Europeană și Consiliul Europei. În prezent, România și-a însușit în mare parte principiul securității juridice, implementându-l atât în Constituție, cât și în restul legislației și jurisprudență.

²⁷ Eugen Iorga, Alina Topârceanu, *op. cit.* A se vedea și Ion Predescu, Marieta Safta, *op. cit.*

²⁸ Ion Predescu, Marieta Safta, *op. cit.*

OPINII PRIVIND RAPORTUL DE ȚARĂ AL COMISIEI EUROPENE PENTRU ROMÂNIA DIN 13 NOIEMBRIE 2018 ÎN CADRUL MECANISMULUI DE COOPERARE ȘI VERIFICARE (M.C.V.)

Opinions on The Country Report of The European Commission for Romania From 13.11.2018 Within The Mechanism of Cooperation and Verification

Andrei CONSTANTIN*

Rezumat: În cadrul Mecanismului de Cooperare și Verificare (M.C.V.), Comisia europeană nu a impus nici termene, nici ce reglementări să adoptăm, ci doar atingerea unor standarde și obiective în acord cu legislația și normele europene, în scopul eficientizării sistemului judiciar și pentru combaterea corupției. Pe de altă parte, se apreciază că, toate progresele ce au fost înregistrate – să fie ireversibile, adică evoluțiilor să nu le fie inversat sensul.

Cuvinte-cheie: Transparență, predictibilitate, independență, imparțialitate, ireversibilitate, stabilitate, practică unitară, garantarea dreptului la apărare, integritate, conflict de interese.

Abstract: Under the Cooperation and Verification Mechanism (ECM), the European Commission did not impose any timeframes or regulations to adopt, but only the achievement of standards and objectives in line with European legislation and norms in order to streamline the judiciary and combat corruption. On the other hand, it is appreciated that all the progress that has been recorded – to be irreversible, that is, the evolutions are not reversed.

Keywords: Transparency, predictability, independence, impartiality, irreversibility, stability, unitary practice, guaranteeing the right to defense, integrity, conflict of interest.

I. Aspecte introductive

Prin Acordul european de asociere¹, România și-a asumat obligația de a îndeplini o serie de cerințe, condiții și termene – atât în plan legislativ cât și instituțional, într-un amplu proces de reformare a sistemului judiciar în ansamblul său. Măsurile de reformă ce au survenit în perioada postaderării, au vizat și vizează atingerea unor obiective și exigențe impuse de Comunitatea europeană, respectiv îndeplinirea recomandărilor făcute de Comisia europeană.

Din 01 ianuarie 2007, dată de când țara noastră a aderat la Uniunea Europeană, ne-a fost instituit și Mecanismul de Cooperare și Verificare (M.C.V.)² al cărui scop prioritar constă în remedierea deficiențelor sistemului judiciar în ansamblu și pentru combaterea corupției.

În acest sens, Comisia europeană, a făcut și prezentat o serie de evaluări anuale cu privire la rezultatele măsurilor de reformă din cadrul sistemului judiciar, recomandări și critici.

De la data aderării, Comisia a monitorizat și urmărit progresele înregistrate în atingerea unor obiective majore, precum: independența și eficientizarea sistemului judiciar, a cadrului legislativ și instituțional, integritatea și lupta împotriva corupției.

Potrivit rapoartelor anuale întocmite, Comisia³ a apreciat în mai multe rânduri necesitatea unei combinări a măsurilor legislative cu cele instituționale precum și faptul că, acestea „pot fi evaluate pe deplin numai verificându-se dacă efectele lor sunt resimțite în practică”.

Pe de altă parte, aceste efecte să fie ireversibile, adică, să aibă o dinamică pozitivă susținută, să înregistreze progrese constante, sustenabile / consolidate.

De precizat și faptul că, în cadrul acestui Mecanism de Cooperare și Verificare, nu au fost impuse nici termene, nici ce reglementări sau coduri să adoptăm, ci doar atingerea unor standarde și obiective, în acord cu legislația și normele europene.

În cadrul rapoartelor anuale întocmite de Comisia europeană, în mod constant s-au regăsit recomandări privind: transparența și predictibilitatea procesului legislativ; responsabilizarea magistraților; eficientizarea activității aparatului judiciar în ansamblul său; creșterea calității înfăptuirii actului de justiție; practică unitară; independență și

* Doctor îndrept; Cercetător științific gr. III la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: andrei.constantin.avocat@gmail.com.

¹ În luna decembrie 1991 au început la București discuțiile cu experții comunitari asupra acestui acord, încheiat la 17 noiembrie 1992.

² Mecanismul a fost instituit prin Decizia Comisiei din 13 decembrie 2006 [C(2006)6569] în urma concluziilor Consiliului de Miniștri din 17 octombrie 2006 (13339/06).

³ A se vedea spre exemplu, Raportul Comisiei europene din 25 ianuarie 2017.

imparțialitate; combaterea corupției la toate nivelurile; garantarea dreptului la apărare; celeritate în soluționarea cauzelor; stabilitate legislativă, ș.a.

II. Câteva considerente despre Raport

Înainte de a puncta o parte din criticile cele mai importante ale Comisiei și menționate în Raportul din noiembrie 2018, subliniem inclusiv faptul că, în spațiul public și nu numai – experți ai Ministerului Justiției, reprezentanți ai Consiliului Superior al Magistraturii (C.S.M.), ai Parlamentului, Guvernului – au exprimat puncte de vedere diferite și potrivit cărora – Rapoartele de țară întocmite, nu au reflectat întotdeauna, fidel și întrutotul realitățile românești, că deși în esență „au fost salutate de fiecare dată progresele României”, invocarea necesității intensificării luptei împotriva corupției, nu a lipsit niciodată.

Pe de altă parte, acest mecanism a fost caracterizat de unii oficiali, a fi mai mult de „verificare” și mai puțin de „cooperare”, iar instituirea lui s-ar fi făcut într-un mod discriminatoriu, neaplicându-se și celorlalte state membre – ci doar României și Bulgariei ?!...

În Comunicatul oficial al C.S.M. referitor la Raportul M.C.V. al Comisiei europene din 13 noiembrie 2018, se susține că raportul conține și unele erori factuale sau de apreciere, în legătură cu activitatea Consiliului Superior al Magistraturii, de natură să creeze o percepție greșită cu privire la această autoritate publică.

În Raportul Comisiei din noiembrie 2018, se menționează chiar în partea introductivă, că s-a luat notă de faptul că s-au înregistrat progrese cu privire la mai multe dintre recomandările prevăzute în Raportul din ianuarie 2017.

Comisia definise în ianuarie 2017, **douăsprezece recomandări esențiale** care, dacă sunt urmate, ar duce la încheierea procesului M.C.V., în conformitate cu obiectivul stabilit de președintele Juncker de încheiere a procesului M.C.V. în mandatul actualei Comisii.

De asemenea, în Concluziile Consiliului privind M.C.V. din 12 decembrie 2017, s-a precizat faptul că procesul „M.C.V. se va încheia atunci când vor fi îndeplinite în mod satisfăcător toate cele **patru obiective de referință**⁴ care se aplică României”.

Exemplificăm câteva din actele normative criticate de Comisie:

- a) O.U.G. nr. 92/15.10.2018 privind noul sistem de pensionare anticipată a magistraților și față de care Comisia de la Veneția a recomandat a se renunța, însă aceasta a fost doar amânată cu un an;
- b) Au fost făcute modificări legislative prin care au fost introduse noi motive de revocare a membrilor C.S.M.;
- c) S-a consolidat mai mult rolul ministrului justiției asupra procurorilor prin declanșarea de proceduri disciplinare;
- d) Faptul că, Guvernul României a dat curs doar în mod selectiv recomandărilor Comisiei de la Veneția;
- e) Incoerențe în jurisprudența Curții Constituționale;
- f) Modificările aduse legilor justiției au slăbit rolul Consiliului Superior al Magistraturii și rolul președintelui României în procesul de numire a procurorilor de rang înalt, consolidând în schimb rolul ministrului justiției;
- g) Procedurile accelerate privind modificările Codului penal și Codului de procedură penală prezintă riscul să nu fie compatibile cu obligațiile juridice asumate de România la nivelul U.E. și la nivel internațional;
- h) Atacurile personale față de magistrați ale mass-mediei;
- i) Dispoziții considerate „problematic” în special: crearea unei secțiuni speciale de urmărire penală pentru anchetarea infracțiunilor comise de magistrați.

III. În concluzie

Comisia apreciază că datorită modificărilor legislative⁵ efectuate de autoritățile române, în cursul anului 2017 „avântul reformelor s-a pierdut în ansamblu, ceea ce a încetinit punerea în aplicare a recomandărilor rămase” și că cele douăsprezece recomandări din raportul din ianuarie 2017 nu mai sunt suficiente pentru a încheia M.C.V., motiv pentru care prezentul raport include recomandări suplimentare în vederea închiderii M.C.V.

Nu în ultimul rând, se subliniază necesitatea ca „instituțiile cheie din România să facă dovada unui angajament ferm față de independența sistemului judiciar și lupta împotriva corupției”⁶.

În finalul raportului, Comisia recomandă – pentru remedierea situației, o serie de măsuri între care:

- suspendarea imediată a punerii în aplicare a legilor justiției și a ordonanțelor de urgență subsecvente;
- revizuirea legilor justiției în acord cu recomandările M.C.V.

⁴ Obiective de referință: 1. *Independența sistemului judiciar și reforma sistemului judiciar*; 2. *Cadrul de integritate și Agenției Naționale de Integritate*; 3. *Combaterea corupției la nivel înalt*; 4. *Combaterea corupției la toate nivelurile*.

⁵ *Legea nr. 207/2018* pentru modificarea și completarea Legii nr. 304/2004 privind organizarea judiciară (intrată în vigoare din 20 iulie 2018); *Legea nr. 234/2018* pentru modificarea și completarea Legii nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii (din 11 octombrie 2018); *Legea nr. 242/2018* pentru modificarea și completarea Legii 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor (intrată în vigoare în 15 octombrie 2018); O.U.G. nr. 92/2018 din 15 octombrie 2018 privind sistemul de pensionare anticipată a magistraților.

⁶ Referitor la modificările legislative amintite (menționate în Raport), sunt menționate și cele două avize negative pe care Comisia de la Veneția le-a dat cu privire la acestea.

- respectarea avizelor Consiliului Superior al Magistraturii cu privire la numirea în posturi de conducere a procurorilor sau la revocarea procurorilor care ocupă posturi de conducere;
- instituirea unui cadru legislativ;
- redeschiderea procesului de revizuire a Codului penal și a Codului de procedură penală în acord cu recomandările M.C.V. și avizul Comisiei de la Veneția.

În esență, Comisia a apreciat că: **România trebuie să îndeplinească recomandările esențiale și obiectivele de referință în mod ireversibil, să nu inverseze sensul progreselor, să demonstreze că proiectele în desfășurare vor fi continuate, chiar și fără M.C.V.**

DREPTUL LA ȘTERGEREA DATELOR CU CARACTER PERSONAL ÎN JURISPRUDENȚA INSTANȚELOR NAȚIONALE ȘI EUROPENE

The Right to Delete of Personal Data in The Jurisprudence of National and European Courts

Alexandru GEORGESCU*

Rezumat: *Noțiunea dreptului la ștergerea datelor cu caracter personal – dreptul de a fi uitat nu este nouă. Deși există alte prevederi legislative și cazuri în special juridice în care dreptul la ștergerea datelor joacă sau a jucat un rol important, acesta a fost în principal o chestiune europeană.*

Dreptul de a fi uitat a intrat în sfera UE mai cu seamă în 2014 prin hotărârea Curții de Justiție a Uniunii Europene în conformitate cu Directiva 95/46/CE, în cauza C-131/12 implicând Google.

După adoptarea Regulamentului General Privind Protecția Datelor (RGPD), dreptul la ștergerea datelor cu caracter personal reprezintă un drept fundamental al persoanei vizate dincolo de datele personale disponibile în mod public. Ca majoritatea drepturilor nu este un drept absolut.

Din acest punct de vedere este foarte important de observat, optica jurisprudențială mai ales în lumina Considerentului 65 din RGPD, care se referă printre altele la dreptul persoanei vizate de a solicita ștergerea datelor personale în situațiile în care păstrarea acestor date ar contraveni dispozițiilor RGPD sau altor legi aplicabile.

Cuvinte-cheie: *protecția datelor, dreptul de a fi uitat, principiul confidențialității, Google Spain, Directiva 95/46/CE, Regulamentul UE nr. 679/2016.*

Abstract: *The notion of the right to erasure personal data – right to be forgotten, isn't new. Although there are other legislation and especially legal cases where the right to be forgotten plays or played an important role, it has been predominantly a European matter. The right to be forgotten entered the EU privacy with 2014 judgement of the Court of Justice of the EU under Directive 95/46/EC, in case C-131/12 indeed involving Google.*

Under General Data Protection Regulation(GDPR), the right to erasure represent a fundamental data subject right in and beyond the context of publicly available personal information. As most rights it is not absolute.

From this point of view it's very important to observe interpretation of jurisprudence in the light of GDPR Recital 65 among others covers a data subject's right to have personal data concerning him/her rectified and the right of erasure where retention of the personal data would infringe the provisions of the GDPR or another applicable laws.

Keywords: *data protection, forgotten right, principle of confidentiality, Google Spain, Directive 95/46 EC, Regulation 2016/679/ EU.*

I. OPERAȚIONALIZAREA ȘI IMPORTANȚA CONCEPTULUI

Dreptul la ștergerea datelor cu caracter personal trebuie analizat într-o manieră autonomă fiind caracterizat de puternice elemente specifice proprii. O astfel de abordare este justificată de faptul că uneori, exercitarea acestui drept al persoanei vizate depinde de realizarea altor drepturi – ne referim aici la art. 14 din RGPD – informații care se furnizează în cazul în care datele cu caracter personal nu au fost obținute de la persoana vizată, art. 16 din RGPD – dreptul la rectificare.

Considerăm că dreptul la ștergerea datelor cu caracter personal în condițiile stabilite de cadrul legislativ al RGPD nu trebuie absolutizat, adică nu trebuie considerat a fi un drept superior celorlalte drepturi prevăzute pentru persoana vizată chiar dacă în anumite conjuncturi sau situații specifice acest drept joacă un rol important în realizarea protecției datelor cu caracter personal.

II. ORIGINEA ȘI EVOLUȚIA DREPTULUI LA ȘTERGEREA DATELOR CU CARACTER PERSONAL

Abordarea într-o manieră interpretativă a dreptului la ștergere a datelor, prin raportare la izvoarele sale ne conduce în mod direct la dreptul la respectarea vieții private a persoanei, drept ce se bucură de consacrare internațională – articolul 8 alin. 1 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului – **Dreptul la respectarea vieții private și de familie**, art. 7 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene- **Libertățile**, și consacrare constituțională în România – art. 26 alin. 1 din Constituția României- **Viața intimă, familială și privată**¹.

Pornind de la dreptul la respectarea vieții private a persoanei, la nivelul Uniunii Europene a evoluat dreptul la uitare sau dreptul la ștergerea datelor care și-a găsit consacrarea expresă în RGPD.

* *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: alexandrugeorgescu2003@yahoo.com.

¹ Autoritățile publice respectă și ocrotesc viața intimă, familială și privată. Constituția României, M. Of. nr. 758 din 29 octombrie 2003.

Transformările societății moderne din ultimele decenii au schimbat perspectiva asupra protecției datelor cu caracter personal. Evoluția fără precedent a noilor tehnologii a transformat deopotrivă viața economică și socială și a creat noi provocări pentru protecția datelor cu caracter personal.

Dacă în urmă cu câteva decenii, datele cu caracter personal nu beneficiau de o reglementare și o protecție sporită, astăzi, având în vedere capacitatea aproape nelimitată de stocare a datelor, datorată impresionantelor dezvoltări ale tehnologiei informației, noțiunile de „date cu caracter personal” și „protecția datelor cu caracter personal” dobândesc dimensiuni plurivalente și conduc la necesitatea reflecției asupra naturii lor juridice în special prin raportare la drepturile persoanei vizate.

Se mai poate uita într-o epocă profund tehnologizată? Iată o întrebare al cărei răspuns depinde foarte mult de dreptul la ștergere a datelor, drept recunoscut persoanei fizice. Suntem de părere totuși că pentru a fi riguroși trebuie să admitem faptul că existența dreptului la ștergere a datelor reprezintă doar o premisă a uitării în accepțiunea generală a termenului.

Din perspectiva persoanei vizate, dreptul la ștergerea datelor cu caracter personal a căpătat o importanță vitală în principal pentru două motive majore: (i) având în vedere fenomenul globalizării prezența în mediul online a devenit o necesitate sau chiar o obligație (utilizarea platformelor în cazul lucrătorilor la distanță) și (ii) voit sau nu, oamenii sunt orientați astăzi să trăiască într-o societate de tip „Big Data”. Autoritățile folosesc din ce în ce mai mult noile tehnologii iar oamenii sunt astfel împinși în această direcție cu toate consecințele ce decurg de aici.

Observăm așadar că dreptul la ștergere a datelor cu caracter personal se conturează într-un asemenea peisaj nu ca și o surpriză ci mai ales ca o normalitate în direcția asigurării protecției datelor.

Dreptul la ștergerea datelor personale a fost recunoscut ca și o reacție naturală la noile provocări, pentru a se menține un echilibru între interese diverse precum interese economice versus interese de business, drepturile persoanelor vizate și dreptul autorităților în îndeplinirea atribuțiilor legale, drepturile utilizatorilor în mediul online etc.

III. DEFINIȚIA DREPTULUI LA ȘTERGEREA DATELOR

Pentru a ajunge la definiția aplicabilă astăzi dreptului la ștergerea datelor, dorim să clarificăm câteva chestiuni de ordin tehnic privind termenii: uitare și ștergere.

Facem această discuție întrucât susținem ideea că noțiunile de drept la ștergere și drept la uitare, deși folosite ca sinonime comportă particularități ce e bine să fie evidențiate. Astfel în lucrarea Ioanei Stupariu, „Defining the Right to be Forgotten. A Comparative Analysis between the EU and the US” citând o lucrare a lui Paul Bernal – „A right to Delete?” din *European Journal of Law and Technology* I, 2011, se nuanțează conceptele în discuție evidențiindu-se faptul că dreptul la ștergere ar trebui să fie de fapt un drept de tip cupolă care să cuprindă dreptul la uitare acesta din urmă fiind de fapt doar o versiune a dreptului la ștergere².

RGPD consacră definiția legală a dreptului la ștergere, în art. 17, stabilind că acesta este dreptul persoanei vizate de a „obține din partea operatorului ștergerea datelor cu caracter personal care o privesc, fără întârzieri nejustificate (...)”.

Considerentul 65 al RGPD detaliază situațiile în care dreptul la ștergere al datelor dobândește eficiență stabilind că persoanele vizate ar trebui să aibă dreptul ca datele lor personale să fie șterse și să nu mai fie prelucrate, în cazurile în care persoanele vizate și-au retras consimțământul pentru prelucrare sau în cazul în care acestea se opun prelucrării datelor cu caracter personal care le privesc sau în cazul în care prelucrarea datelor cu caracter personal ale acestora nu este conformă cu prevederile Regulamentului.

Limitări ale dreptului la ștergere

Același Considerent 65 al RGPD, consacră limitările dreptului la ștergere a datelor personale reținând faptul că ar trebui să fie legală prelucrarea – deci și deținerea, atunci când este necesară pentru exercitarea dreptului la libertatea de exprimare și de informare, pentru respectarea unei obligații legale, pentru îndeplinirea unei sarcini care servește unui interes public sau care rezultă din exercitarea autorității publice cu care este investit operatorul, din motive de interes public în domeniul sănătății publice, în scopuri de arhivare în interes public, în scopuri de cercetare științifică sau istorică ori în scopuri statistice sau pentru constatarea, exercitarea sau apărarea unui drept în instanță.

IV. ABORDĂRILE JURISPRUDENȚIALE ÎN PRIVINȚA DREPTULUI LA ȘTERGEREA DATELOR CU CARACTER PERSONAL

Cauza Google Spain

În 2010, un cetățean spaniol, domnul Mario Costeja Gonzalez, a formulat către Autoritatea Spaniolă de Protecția Datelor o plângere împotriva cotidianului *La Vanguardia Ediciones SL*, precum și împotriva Google Spain și Google Inc. pe motiv că atunci când numele său era introdus pe motorul de căutare al Google, lista de rezultate afișa linkuri

² Ioana Stupariu, *Defining the Right to be Forgotten. A Comparative Analysis between the EU and the US*, Central European University, 27 martie 2015, p. 9.

către două pagini ale cotidianului. Pe aceste pagini, printre altele exista și un anunț cu privire la o licitație a unor imobile în urma desfășurării unei proceduri de executare silită asupra domnului Costeja.

Solicitarea domnului Costeja a fost aceea de eliminare/modificare a paginilor respective sau utilizarea unor instrumente pentru motoarele de căutare în așa fel încât acele date să fie protejate. Mai mult, a solicitat ca motorul de căutare să elimine sau să ascundă datele sale personale astfel încât aceste date să nu mai fie generate în rezultatele căutărilor și în link-urile cotidianului La Vanguardia motivând că executarea silită s-a finalizat de foarte mult timp și datele despre aceasta nu mai comportă relevanță.

Hotărârea în această cauză a adus în atenție elemente foarte discutate pe scena juridică aducând în prim plan elemente cheie precum: strânsa conexiune între societatea mamă și filialele, sucursalele din statele membre, detaliile de ordin tehnic pe care trebuie să le aibă în vedere o societate care oferă servicii de căutare pe Internet, aplicarea și interpretarea Cartei drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene³, și a reușit să influențeze, profund chiar, modificările legislative operate de Comisia Europeană. Mai exact, în primul paragraf al dispozitivului, în interpretarea art. 2 lit. B și d din Directiva 95/46/CE, Curtea a arătat că acesta trebuie interpretat în sensul că – *pe de o parte activitatea unui motor de căutare constă în găsirea informațiilor publicate sau introduse pe Internet de către terți, indexarea acestora în mod automat și stocarea lor temporară și în cele din urmă, punerea acestora la dispoziția utilizatorilor de Internet într-o anumită ordine de preferință trebuie calificată drept prelucrare a datelor cu caracter personal, în sensul art. 2 lit. b) atunci când informațiile respective conțin date cu caracter personal și, pe de o altă parte, operatorul acestui motor de căutare trebuie considerat operator în sensul art. 2 lit. d) menționat.*

În ultimul paragraf al dispozitivului, avem referiri la conținutul dreptului la ștergere astfel: „art. 12 lit. b) și art. 14 primul paragraf litera a din Directiva 95/46 trebuie interpretate în sensul că, în cadrul aprecierii condițiilor de aplicare a acestor dispoziții trebuie să se examineze în special dacă persoana vizată are dreptul ca informația respectivă referitoare la persoana sa să nu mai fie, în stadiul actual, asociată cu numele său de o listă de rezultate, afișată în urma unei căutări efectuate plecând de la numele său, fără însă ca constatarea unui asemenea drept să presupună includerea informației respective pe această listă să cauzeze un prejudiciu acestei persoane. Întrucât persoana vizată poate, având în vedere drepturile sale fundamentale prevăzute la art. 7 și 8 din Cartă, să solicite ca informația în cauză să nu mai fie pusă la dispoziția marelui public prin intermediul includerii sale într-o asemenea listă de rezultate, aceste drepturi prevalează în principiu nu numai asupra interesului economic al operatorului motorului de căutare ci și asupra interesului acestui public de a avea acces la informația respectivă cu ocazia unei căutări referitoare la numele acestei persoane. Nu aceasta ar fi însă situația dacă ar reieși că, din motive speciale, precum rolul jucat de persoana respectivă în viața publică, ingerința în drepturile sale fundamentale este justificată de interesul preponderent al publicului menționat de a avea acces, prin intermediul acestei includeri, la informația în cauză”.

Pornind de la această decizie, astăzi, în contextul RGPD, efectivitatea dreptului la uitare a ridicat o serie de întrebări pe care le preluăm și expunem în cele ce urmează. Ne întrebăm și noi astfel cum va fi soluționată chestiunea în legătură cu un link care conține informații cu caracter personal privind mai multe persoane care trimit individual solicitări de exercitare a dreptului la ștergere unele fiind admise altele nu, întrucât așa cum am arătat există limitări ale dreptului, acesta nefiind un drept absolut. Va fi înlăturat link-ul? Dacă da, această situație nu ar fi o “ipoteză în care persoana a cărei cerere nu este admisibilă să ocolească anumite prevederi legale aplicabile sau, cu acest scop persoana a cărei cerere ar fi admisibilă să acționeze și în calitate de persoană interpusă?(...) S-ar putea alege o variantă în care ar fi admisă una dintre cereri iar cealaltă respinsă, dar fără ca link-ul să fie înlăturat, ci să se ascundă, prin mijloace tehnice, numai referințele personale cu privire la subiectul de drept a cărui cerere a fost admisă? Se poate recurge la o anonimizare parțială a datelor?”⁴

În Hotărârea din Cauza-131/12 – Costeja vs. Google Spain, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a analizat prelucrarea datelor cu caracter personal realizată prin intermediul motoarelor de căutare, stabilind că este o prelucrare diferită de cea realizată de editorii care publică articol pe site-ul propriu. Cu această ocazie, Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE) a scos în evidență anumite criterii care ar trebui să fie avute atunci când se evaluează temeinicia unei solicitări privind ștergerea datelor cu caracter personal, cum ar fi: sensibilitatea informațiilor respective, existența unor motive întemeiate ale publicului de a avea acces în continuare la acele informații, rolul pe care persoana publică îl are în viața publică, durata de timp care a trecut de la publicarea respectivelor informații și necesitatea continuării prelucrării datelor pentru îndeplinirea scopurilor pentru care au fost colectate/divulgate.

³ D.M. Șandru, *Regimul juridic al protecției datelor cu caracter personal este în proces de regândire*, în I. Alexe, N.D. Ploșteanu. D.M. Șandru (coordonator), *Protecția datelor cu caracter personal. Impactul protecției datelor personale asupra mediului de afaceri. Evaluări ale experiențelor românești și noile provocări ale Regulamentului UE 2016/679*, Ed. Universitară, București, 2017, p. 276.

⁴ Lector univ. dr. Andreea Verșeș Olteanu, *Art. 17 din Regulamentul general privind protecția datelor – un prim pas în direcția uitării dreptului de a fi uitat, în Regulamentul general privind protecția datelor cu caracter personal, Comentarii și explicații*, volum coordonat de Andrei Săvescu, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 67-68.

V. REPERE ALE JURISPRUDENȚEI ROMÂNEȘTI

Instanțele din România sesizate cu soluționarea unor cereri care vizau (și) ștergerea datelor cu caracter personal au aplicat în majoritatea cazurilor un test de echilibrare al dreptului la ștergerea datelor cu celelalte drepturi fundamentale ale persoanei fizice.

Astfel, într-o cerere înregistrată pe rolul instanței la data de 11.11.2016, reclamantul solicita ștergerea datelor cu caracter personal care îl privesc prelucrate prin intermediul paginii de internet a publicației România liberă deținută de pârâtă. Reclamantul și-a motivat cererea prin faptul că pe pagina de internet a publicației a fost postat un articol cu titlul „Hezbollah spală banii pe terenurile Iașului”, în care este folosit numele său în încercarea de a dovedi legături între persoane și evenimente separate. A mai precizat reclamantul că, dincolo de conținutul nedovedit și de caracterul discriminatoriu al materialului, prin prisma naționalității acestuia, prin lansarea unei simple căutări după numele reclamantului pe motoarele de căutare specializate, primul rezultat generat este tocmai acest articol. De asemenea, reclamantul a mai arătat că de la momentul publicării articolului au trecut mai mult de 10 ani, conținutul materialului nefiind preluat în vreun fel de publicații, nedând naștere la anchete jurnalistice sau alte cercetări similare, rămânând un articol izolat, păstrat în arhiva România Liberă. Prin urmare, acesta consideră că menținerea pe pagina de internet a publicației „România Liberă” a unui material ce conține datele personale ale reclamantului, sunt afectate drepturile acestuia la viața privată, la demnitate și la imagine.

Instanța, în această situație a făcut o analiză a scopului prelucrării de date cu caracter personal, a modului în care sunt aduse atingeri drepturilor reclamantului și asupra dreptului său la ștergerea datelor personale. Așa cum reiese din înscrisul aflat la fila 25, dacă se procedează la căutarea numelui reclamantului pe motoarele de căutare, primul rezultat găsit este reprezentat de articolul publicat pe pagina de internet a publicației „România Liberă” la 27.09.2006.

În drept, a reținut instanța, potrivit art. 8 alin. 1 și 2 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene „Orice persoană are dreptul la protecția datelor cu caracter personal care o privesc. Asemenea date trebui e tratate în mod corect, în scopurile precizate și pe baza consimțământului persoanei interesate sau în temeiul unui alt motiv legitim prevăzut de lege. Orice persoană are dreptul de acces la datele colectate care o privesc, precum și dreptul de a obține rectificarea acestora”.

De asemenea, art. 17 alin. 1 din Regulamentul (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016, prevede că „Persoana vizată are dreptul de a obține din partea operatorului ștergerea datelor cu caracter personal care o privesc, fără întârzieri nejustificate, iar operatorul are obligația de a șterge datele cu caracter personal fără întârzieri nejustificate în cazul în care se aplică unul dintre următoarele motive: (a) datele cu caracter personal nu mai sunt necesare pentru îndeplinirea scopurilor pentru care au fost colectate sau prelucrate”.

Dispozițiile art. 17 din regulament reglementează „dreptul de a fi uitat”, drept ce constă în dreptul persoanelor de a cere eliminarea completă a datelor lor atunci când acestea nu mai sunt folosite pentru scopurile în care au fost colectate ori chiar postate de bunăvoie, precum și atunci când utilizatorul retrace consimțământul publicării lor – observăm că instanța a luat în considerare prevederile Regulamentului, invocând art. 17 din RGPD chiar înainte de data de 25.05.2018.

Totodată, conform art. 14 alin. 1 lit. a) din Legea 677/2001 „Orice persoană vizată are dreptul de a obține de la operator, la cerere și în mod gratuit: a) după caz, rectificarea, actualizarea, blocarea sau ștergerea datelor a căror prelucrare nu este conformă prezentei legi, în special a datelor incomplete sau inexacte;”.

Punând în balanță dreptul la viața privată și la protecția datelor reclamantului și dreptul la libertatea de exprimare, în speță, libertatea presei, instanța consideră că primează primul drept la care s-a făcut referire. Astfel, având în vedere că articolul publicat la data de 27.09.2006, în care se face referire la numele reclamantului, nu mai este de actualitate și nici nu prezintă informații care să fi fost de interes național și care să fi prezentat o problemă îndelung mediatizată la acea dată, instanța consideră că nu se mai impune menținerea acestuia pe pagina de internet a publicației „România Liberă”. Menținerea în continuare a articolului în spațiul on-line ar reprezenta o ingerință în dreptul reclamantului la protecția datelor ce nu mai este proporțională cu scopul urmărit.

Mai mult, instanța va avea în vedere și faptul că pârâta a achiesat pretențiilor reclamantului, recunoscând că respectivul articol prezintă informații care, cu trecerea timpului (peste 10 ani) au dobândit caracter nesemnificativ.

Pentru toate aceste considerente, instanța urmează să admită cererea de chemare în judecată formulată de reclamant și va obliga pârâta să șteargă datele cu caracter personal care îl privesc pe reclamant și care au fost prelucrate de aceasta prin intermediul paginii de internet a publicației „România Liberă”, în cadrul articolului publicat la data de 27.09.2006⁵.

În alte cauze, instanțele au analizat solicitarea reclamantului cu privire la ștergere datelor personale prin raportare la prevederile legale existente în dreptul intern, mai cu seamă în domeniul financiar – bancar.

Astfel într-o cauză în care reclamantul fusese raportat La Centrala Riscului de Credit, în urma dificultăților înregistrate la plata ratelor conform contractului de împrumut încheiat cu pârâta, instanța a respins cererea

⁵ Sentința civilă nr. 3731/2017, disponibilă la <http://www.rolii.ro/hotarari/590b19dde490098c890000ec>.

reclamantului făcând aplicarea prevederilor regulamentelor BNR cu privire la păstrarea pentru o anumită perioadă a datelor astfel raportate⁶.

Anticipăm că în următoarea perioadă, instanțele românești și nu numai vor fi sesizate cu un număr în creștere de solicitări privind exercitarea dreptului de ștergere a datelor mai ales având în vedere faptul că nu toate persoanele vizate cunosc limitările care pot fi aduse dreptului la ștergere. Rămâne astfel instanțelor naționale și europene să facă aplicarea justă a prevederilor legale aplicabile acestui drept recunoscut persoanei fizice.

CONCLUZII

Conținutul dreptului la ștergere a datelor cu caracter personal este greu de concretizat pe de o parte pentru că în mediul online, informațiile circulă cu viteze foarte mari care de foarte multe ori depășesc puterea de control a operatorului care inițial a prelucrat aceste date iar pe de altă parte pentru că trebuie să fie echilibrat cu conținutul celorlalte drepturi precum dreptul la liberă exprimare și dreptul la informare.

Trecerea timpului și atitudinea persoanelor vizate față de exercitarea drepturilor lor vor confirma sau infirma acest raționament iar aplicarea prevederilor RGPD și a legislației conexe de către instanțe vor stabili limitele de demarcație ale dreptului la ștergere a datelor față de celelalte drepturi.

⁶ Sentința civilă nr. 9640/2017, disponibilă la <http://www.rolii.ro/hotarari/599ed6f3e490098c210000dd>.

ROLUL JURISPRUDENȚEI EUROPENE ȘI NAȚIONALE ÎN MATERIA INSOLVENȚEI TRANSFRONTALIERE

The Role of European and National Jurisprudence in The Field of Cross-Border Insolvency

Daniela ILINCA*

Rezumat: *Procedurile transfrontaliere de insolvență prezintă un caracter dinamic, în contextul extinderii și dezvoltării unor relații comerciale tot mai complexe între statele membre, constituind o permanentă preocupare atât pentru legiuitorul european și național, cât și pentru practicienii și teoreticienii dreptului, fiind în măsură a contribui la îmbogățirea acestuia cu noi concepte. Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, precum și a instanțelor naționale, au o contribuție constantă și definitorie în dezvoltarea dreptului european și național în materia insolvenței transfrontaliere, generând reformarea sau, după caz, modificarea și completarea legislației în materie, în acord cu dinamismul realităților economico-sociale în domeniu.*

Cuvinte-cheie: *Regulament; proceduri transfrontaliere de insolvență; jurisprudență; CJUE; instanța.*

Abstract: *The cross-border insolvency proceedings have a dynamic nature, in the context of the extension and development of more and more complex commercial relationships among the member states, representing a continuous concernment both for the european and national legislator, as well as for the practitioners and theoreticians of law, providing its contribution to the enrichment of the law with new concepts. The jurisprudence of the European Court of Justice as well as the one of the national courts provide a constant and defining contribution to the development of the european and national law in the cross-border insolvency field, generating the reform or, as the case may be, the amendment and completion of the related legislation, in accordance with the dinamism of the socio-economical realities in the field.*

Keywords: *Regulation; cross-border insolvency proceedings, jurisprudence, CJUE; court.*

I. Scurt istoric privind evoluția legislației europene și naționale referitoare la procedurile transfrontaliere de insolvență

Fiica rebelă a dreptului civil¹, procedura insolvenței și-a câștigat autonomia, beneficiind în prezent de norme proprii de reglementare, din ce în ce mai detaliate și pe cât posibil adaptate necesității socio-economice aflată în continuă transformare.

Reglementarea europeană a procedurilor transfrontaliere de insolvență a cunoscut, la rândul său, un proces îndelungat și anevoios de negocieri între statele membre, întins pe o perioadă de peste de 30 de ani și mai multe variante de convenții menite să complinească lacuna reglementărilor comunitare în acest domeniu².

Motivul nu l-a reprezentat însă lipsa de interes față de această materie ci, dimpotrivă, concluzia potrivit căreia procedurile transfrontaliere de insolvență necesită o atenție deosebită, care trebuie să se materializeze în reglementări europene proprii.

După încercări eșuate de uniformizare a legislațiilor europene în materia insolvenței transfrontaliere³, legiuitorul european a procedat la întocmirea unor norme de drept internațional privat, materializate în Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență⁴.

Având în vedere însă concluziile Comisiei Europene din Raportul din data de 12 decembrie 2012, conform căroră: „regulamentul funcționează, în general, bine, dar (...) ar fi de dorit să se îmbunătățească aplicarea unora dintre dispozițiile acestuia în vederea perfecționării administrării efective a procedurilor transfrontaliere de insolvență”⁵, precum și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, confruntată cu lămurirea problemelor de interpretare a unor prevederi ale Regulamentului 1346/2000, legiuitorul european a procedat la reformarea acestuia în sensul clarității prin adoptarea Regulamentului (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: daniela.ilinca@borzasiasociatii.ro

¹ Ion Turcu, *Codul insolvenței, Legea nr. 85/2014, Comentariu pe articole*, ed. 5, Ed. C. H. Beck, București 2015, p. 1.

² Susan Block Lieb, *The UK and EU Cross Border Insolvency Recognition, from Empire to Europe to Going It Alone*, p. 1378; Reinhard Bork, Renato Mangano, *European Cross-Border Insolvency Law*, Ed. Oxford University Press, 2016, p. 31.

³ Regulamentul (UE) 2015/848, considerentul (22), disponibil la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>.

⁴ Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 al Consiliului din 29 mai 2000 privind procedurile de insolvență, disponibil la adresa <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32000R1346>

⁵ Regulamentul (UE) 2015/848, considerentul (1).

2015 privind procedurile de insolvență, intrat în vigoare, cu mici excepții, de la 26 iunie 2017⁶, fiind aplicabil statelor membre ale Uniunii Europene, cu excepția Danemarcei⁷, iar nu și statelor terțe⁸.

Regulamentul (UE) 2015/848 cuprinde, cu unele excepții de drept substanțial, „*norme conflictuale unitare*”⁹ referitoare la jurisdicție, dreptul aplicabil procedurilor transfrontaliere de insolvență, recunoașterea și executarea hotărârilor străine¹⁰, menite „*să înlocuiască, în domeniul lor de reglementare, normele interne de drept internațional privat*”¹¹, consacrand totodată principiul universalității procedurilor (principale) de insolvență¹².

În dreptul român, insolvența transfrontalieră a fost reglementată inițial prin Legea nr. 637/2002 cu privire la reglementarea raporturilor de drept internațional privat în domeniul insolvenței, inspirată din Legea Model UNCITRAL privind insolvența transfrontalieră, adoptată de Adunarea Generală a ONU din 15 decembrie 1997, cu Ghidul pentru aplicarea Legii Model UNCITRAL privind insolvența transfrontalieră¹³.

Legea nr. 637/2002 a fost abrogată prin Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență¹⁴, care dedică Titlul III – insolvenței transfrontaliere.

Prevederile legale privind insolvența transfrontalieră cuprinse în Legea nr. 85/2014 reglementează însă în mod exclusiv procedurile de insolvență cu elemente de extraneitate în relația cu statele terțe, iar nu și cu statele membre ale Uniunii Europene, acestea aflându-se sub incidența prevederilor Regulamentului (UE) 2015/848, direct aplicabil în dreptul intern¹⁵.

II. Contribuția jurisprudenței europene și naționale în dezvoltarea dreptului intern privind procedurile transfrontaliere de insolvență

Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în dezvoltarea dreptului comunitar și național este de netăgăduit, inclusiv în materia procedurilor de insolvență transfrontalieră, având în vedere scopul legiuitorului european, de creare a unor norme juridice unitare care să înlocuiască normele de drept internațional privat în materia insolvenței, din toate statele membre.

În realizarea acestui deziderat, s-a procedat la implementarea unor astfel de norme în cuprinsul unui regulament – act juridic cu aplicabilitate directă în dreptul național, instanțelor naționale revenindu-le obligația de a interpreta și aplica prevederile Regulamentului (UE) în mod uniform, ceea ce nu s-a dovedit însă a fi întotdeauna facil.

Doctrina a subliniat în acest sens faptul că: „*Este de notorietate că, deși Curtea Europeană este arbitrul oficial al interpretării dreptului Uniunii, ea nu este principalul executant al acestuia. În schimb, părinții fondatori ai ceea ce denumim astăzi Uniunea Europeană au optat pentru un sistem în care executarea dreptului Uniunii a fost lăsată, în primul rând, instanțelor judecătorești din statele membre. Un astfel de sistem descentralizat de executare comportă un risc de aplicare eterogenă a dreptului*”¹⁶.

De remarcat astfel că, în ceea ce privește Curtea de Justiție a Uniunii Europene, aceasta are rolul de a interpreta prevederile dreptului comunitar, pe când instanțelor naționale le revine atât rolul de a interpreta, cât și de a aplica în mod corespunzător dreptul comunitar.

În vederea facilitării dialogului dintre instanțele naționale și Curtea de Justiție Uniunii Europene, pentru o aplicare cât mai omogenă a dreptului comunitar, legiuitorul european a pus la dispoziția instanțelor naționale procedura trimiterii preliminare, reglementată de dispozițiile art. 267 TFUE, conform cărora:

„Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă să se pronunțe, cu titlu preliminar, cu privire la:

(a) interpretarea tratatelor;

(b) validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii.”

Hotărârile Curții de Justiție a Uniunii Europene nu au un caracter pur consultativ, ci sunt obligatorii atât pentru instanța de trimitere, cât și pentru toate celelalte instanțe naționale, cărora Curtea le clarifică modul în care o anumită normă trebuia să fie interpretată și aplicată, de la intrarea sa în vigoare¹⁷.

⁶ Marcela Comșa, *Regulamentul privind procedurile de insolvență, Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București 2017, p. 349.

⁷ Reinhard Bork, Renato Mangano, *op. cit.*, p. 3; Considerentul (88) din Regulamentul (UE) 2015/848.

⁸ Ștefan Grundmann, *European Company Law, Organization, Finance and Capital Markets*, Ed. Intersentia, 2012, p. 81.

⁹ Regulamentul (UE) 2015/848, considerentul nr. (66).

¹⁰ Reinhard Bork, Renato Mangano, *op. cit.*, p. 25; Marcela Comșa, *op. cit.* p. 274; Sentința civilă nr. 937/2016, pronunțată de Tribunalul Arad, disponibilă la adresa <http://www.rolii.ro/hotarari/58b6cf6ee490091426000452>.

¹¹ Regulamentul (UE) 2015/848, considerentul nr. (66).

¹² Reinhard Bork, Renato Mangano, *op. cit.*, p. 167.

¹³ *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation*, United Nations, January 2014, disponibilă la adresa <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/1997-Model-Law-Insol-2013-Guide-Enactment-e.pdf>.

¹⁴ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, publicată în M. Of. nr. 840 din 02.10.2018.

¹⁵ Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015, considerentul (8).

¹⁶ Morten Broberg, Niels Fenger, *Cuvânt înainte în Procedura trimiterii preliminare. Principii de drept al Uniunii Europene și experiența ale sistemului român de drept*, Mihai Șandru, Mihai Banu, Dragoș Călin, Ed. C.H. Beck, București 2013.

¹⁷ Mihai Șandru, Mihai Banu, Dragoș Călin, *Procedura trimiterii preliminare. Principii de drept al Uniunii Europene și experiența ale sistemului român de drept*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 33-35.

Spre deosebire de acestea, interpretarea dată de instanțele naționale, nu este obligatorie, intervenind numai pentru soluționarea unui caz concret¹⁸, astfel cum prevăd în mod expres dispozițiile art. 9 alin. (3) din Noul Cod civil, conform cărora: „*Interpretarea legii de către instanță se face numai în scopul aplicării ei în cazul dedus judecății.*”

Rolul Curții de Justiție a Uniunii Europene în evoluția dreptului aplicabil procedurilor transfrontaliere de insolvență se observă cu puterea evidenței în modul de reformare a Regulamentului (CE) 1346/2000 privind procedurile de insolvență.

Se remarcă astfel, în cuprinsul Regulamentului (UE) 2015/848, atât referirile directe¹⁹ ale legiuitorului european la jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene, cât și clarificarea unor noțiuni cuprinse în Regulamentul (CE) 1346/2000, ca urmare a hotărârilor pronunțate de Curte.

Cea mai importantă clarificare în materie, o constituie, fără niciun dubiu, reglementarea mult mai concisă a noțiunii de *centru al intereselor principale ale debitorului* (COMI), care joacă un rol cheie în aplicarea Regulamentului și un rol decisiv în modul de derulare a întregii proceduri de insolvență transfrontalieră²⁰, determinând legea aplicabilă procedurii principale de insolvență.

Noțiunea de COMI a fost reglementată în Regulamentul (CE) 1346/2000 la art. 3 alin. (1) teza a II-a astfel: „*În cazul unei societăți sau persoane juridice, centrul intereselor principale este prezumat a fi, până la proba contrarie, locul unde se află sediul social.*”

Curtea de Justiție a Uniunii Europene s-a confruntat însă cu întrebări preliminare privind interpretarea noțiunii de COMI în accepțiunea Regulamentului (CE), clarificând, în special în cauza C-341/04 Eurofood ISFC²¹, această noțiune, interpretarea Curții fiind preluată apoi în mod constant în jurisprudența ulterioară a acesteia²².

Sunt relevante aspectele reținute de Curte în cauza Eurofood IFSC, cu privire la determinarea COMI în conformitate cu prevederile Regulamentului (CE), în vederea interpretării și aplicării uniforme a acestei noțiuni, de către toate statele membre, Curtea subliniind că aceasta are un înțeles de sine stătător, specific Regulamentului, urmând a fi interpretată în conformitate cu prevederile acestuia, iar nu ale legislațiilor naționale ale statelor membre²³.

În urma analizei sale, Curtea a reținut că centrul intereselor principale ale debitorului se stabilește în funcție de criterii obiective și verificabile de către terți²⁴.

Concluzionând, Curtea a statuat, în esență, faptul că, în cazul în care debitorul este o filială care are sediul social în alt stat membru decât cel al societății-mamă, prezumția conform căreia centrul intereselor principale ale debitorului se află în statul membru în care este situat sediul social poate fi răsturnată în cazul în care factori obiectivi și verificabili de către terți permit stabilirea unei situații reale diferite de cea dată de localizarea sediului statutar. Aceasta poate fi situația în care o societate nu exercită nicio activitate pe teritoriul statului membru pe al cărui teritoriu este situat sediul social. În cazul în care o societate își desfășoară activitatea pe teritoriul statului membru în care este înregistrat sediul social, simplul fapt că politicile sale economice sunt sau pot fi controlate de către societatea-mamă dintr-un alt stat membru, nu este suficient pentru a răsturna prezumția stabilită în Regulament²⁵.

În cauza C-396/09 Interedil, Curtea a exemplificat elemente suplimentare celor înverdate în Cauza Eurofood, de determinare a centrului intereselor principale ale debitorului, care se încadrează însă în categoria aceluiași criterii obiective și verificabile de către terți, reținute de Curte în Cauza Eurofood, și anume: locurile în care debitoarea își desfășoară o activitate economică și cele în care deține bunuri, în măsura în care aceste locuri sunt vizibile pentru terți²⁶.

Astfel, în accepțiunea Curții, pot fi considerate elemente obiective și verificabile de către terți localizarea în alt stat membru decât cel în care se află sediul social a unor bunuri imobile care aparțin debitoarei, pentru care aceasta a

¹⁸ Fl. A. Baias, E. Chelaru, R. Constantinovici, I. Macovei, *Noul Cod civil, Comentariu pe articole*, art. 1-2664, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 11.

¹⁹ Regulamentul (UE) 2015/848 al Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2015, considerentele (18) și (24): (18) „*Prezentul regulament ar trebui să se aplice fără a se aduce atingere normelor privind recuperarea ajutorului de stat de la societățile insolvente, astfel cum sunt interpretate în jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene. (...) (24) În cazul în care într-un stat membru, altul decât cel în care o persoană juridică sau o societate comercială își are sediul social, a fost deschisă o procedură principală de insolvență care vizează persoana sau societatea respectivă, ar trebui să fie posibilă deschiderea unei proceduri secundare de insolvență în statul membru în care persoana sau societatea își are sediul social, cu condiția ca debitorul să desfășoare o activitate economică cu mijloace umane și cu active în acel stat, în conformitate cu jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene.*”

²⁰ Patrick Wautelet, *Some considerations on the center of the main interests as jurisdictional test under the European Insolvency Regulation*, p. 73, disponibil la adresa https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=997983.

²¹ CJUE, Marea Camera Hotărârea din 2 mai 2006, Cauza C-341/04, punctul 39, disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=78303AFAAAE73E157EE5DFF86AC71C62?text=&docid=56604&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13089087>

²² CJUE, Camera întâi Hotărârea din 20 octombrie 2011, Cauza Interedil C-396/09, disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111587&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4925912>.

²³ Cauza Eurofood IFSC C-341/04, pct. 31.

²⁴ Cauza Eurofood IFSC C-341/04, pct. 33.

²⁵ Cauza Eurofood IFSC C-341/04.

²⁶ Cauza Interedil C-396/09, punctul 52.

încheiat contracte de închiriere, precum și existența, în același stat membru, a unui contract încheiat cu o instituție financiară²⁷.

Având în vedere jurisprudența constantă a Curții de Justiție a Uniunii Europene în clarificarea noțiunii de COMI, Regulamentul (UE) 2015/848 reglementează, la art. 3 alin. (1) noțiunea de COMI mult mai detaliat: „Centrul intereselor principale este locul în care debitorul își administrează în mod obișnuit interesele și care este verificabil de către terți.

În cazul unei societăți sau persoane juridice, centrul intereselor principale este prezumat a fi, până la proba contrarie, locul unde se află sediul social. Această prezumție se aplică doar dacă sediul social nu s-a mutat într-un alt stat membru în cele trei luni anterioare solicitării de deschidere a procedurii de insolvență.

În cazul unei persoane fizice care exercită o activitate independentă sau o activitate profesională, centrul intereselor principale se presupune a fi locul principal de desfășurare a activității, în absența unor probe care ar dovedi contrariul. Această prezumție se aplică doar dacă locul principal de desfășurare a activității nu s-a mutat într-un alt stat membru în cele trei luni anterioare solicitării de deschidere a procedurii de insolvență.

În cazul oricărei alte persoane fizice, centrul intereselor principale se presupune a fi locul în care persoana fizică își are reședința obișnuită, în absența unor probe care ar dovedi contrariul. Această prezumție se aplică doar dacă reședința obișnuită nu s-a mutat într-un alt stat membru în cele șase luni anterioare solicitării de deschidere a procedurii de insolvență”.

Art. 2 pct. 10 din Regulamentul (UE) 2015/848 definește noțiunea de „sediul” ca fiind „orice loc de derulare de operațiuni unde un debitor exercită sau a exercitat în ultimele trei luni înainte de cererea de deschidere a procedurii principale de insolvență, în mod netranzitoriu, o activitate economică care presupune mijloace umane și active.”

Instanțele române, investite cu soluționarea cererilor de deschidere a procedurii insolvenței unor sucursale cu sediul în România ale unor societăți-mamă al căror sediul este situat pe teritoriul unui alt stat membru, au avut o abordare diferită, soluțiile pronunțate nefiind unitare.

Astfel, Tribunalul București, investit cu o cerere de deschidere a procedurii insolvenței împotriva unei sucursale cu sediul în România a unei societăți-mamă cu sediul într-un stat membru, a respins cererea ca inadmisibilă, coroborând prevederile art. 3 din Regulamentul (CE) 1346/2000 cu cele ale art. 43 din Legea nr. 31/1990, conform căroră „(1) Sucursalele sunt dezmembărăminte fără personalitate juridică ale societăților și se înregistrează, înainte de începerea activității lor, în registrul comerțului din județul în care vor funcționa”²⁸.

Pentru a se pronunța astfel, instanța a reținut în considerente că nu poate fi deschisă procedura insolvenței împotriva unei sucursale – dezmembrământ fără personalitate juridică, ce nu poate sta în judecată, însă poate fi deschisă procedura secundară a insolvenței împotriva societății-mamă, prin formularea unei cereri în acest sens împotriva acesteia din urmă, în legătură cu bunurile situate pe teritoriul României.

Tribunalul Comercial Cluj însă, a reținut contrariul: „Deși sub aspect procedural, legislația națională, în speță art. 1 al Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței nu permite deschiderea procedurii insolvenței față de un dezmembrământ fără personalitate juridică al unui comerciant persoană juridică, cum este o sucursală din România a unei societăți comerciale cu sediul în Italia, totuși, Regulamentul nr. 1346/2000 al Consiliului Uniunii Europene privind procedurile de insolvență reglementează în mod expres o asemenea posibilitate”²⁹.

Totodată, invocând prioritatea reglementărilor comunitare față de dispozițiile contrare din dreptul intern, conform prevederilor art. 148 alin. (2) din Constituția României, precum și efectul direct al Regulamentului (CE), instanța a reținut îndeplinirea condițiilor necesare deschiderii procedurii teritoriale de insolvență reglementate de prevederile art. 3 alin. (4) lit. b) din Regulament, împotriva sucursalei.

De subliniat însă că, potrivit prevederilor art. 4 alin. (2) lit. a) din Regulamentul (CE) 1346/2000, în aplicarea căruia a fost pronunțată sentința Tribunalului Comercial Cluj, condițiile deschiderii procedurii insolvenței sunt determinate de legea statului de deschidere, iar nu de Regulament: „Legea statului de deschidere determină condițiile pentru deschiderea, desfășurarea și închiderea procedurii de insolvență. Aceasta determină în special:

(a) debitorii care pot face obiectul procedurii de insolvență în raport cu calitatea acestora; (...)

În același sens, în doctrină au fost reținute următoarele: „Îndeplinirea cerințelor legale, oportunitatea deschiderii procedurii, tipul de procedură rămân tot la latitudinea judecătorului-sindic.”³⁰

În Cauza C-327/13 Burgo Group SpA³¹, Curtea de Justiție a Uniunii Europene a reținut faptul că „în cadrul intrării în lichidare a unei societăți într-un alt stat membru decât cel în care are sediul social, această societate poate

²⁷ Cauza Interedil C-396/09, punctul 53.

²⁸ Sentința nr. 4844/26.05.2015, pronunțată de Tribunalul București, disponibilă pe www.rolii.ro.

²⁹ Tribunalul Comercial Cluj, Sentința civilă nr. 4595/2012, disponibilă la adresa <http://rolii.ro/hotarari/56b7db928732369336703ea1> și în extras în *Dreptul comerțului internațional*, Daniel-Mihail Șandru, ed. a IV-a, revizuită și adăugită, Ed. Universitară, București 2016, p. 101-102.

³⁰ Marcela Comsa, *Regulamentul privind procedurile de insolvență, Jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene*, Ed. Universul Juridic, București 2017, p. 142.

³¹ CJUE, Camera întâi Hotărârea din 4 septembrie 2014, Cauza Burgo Group SpA C-327/13, disponibilă la adresa <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=157359&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4944768>.

face de asemenea obiectul unei proceduri secundare de insolvență în celălalt stat membru în care aceasta are sediul social și dispune de personalitate juridică.”

De asemenea, Curtea a statuat că art. 29 lit. b) din Regulamentul (CE) nr. 1346/2000 trebuie interpretat în sensul că dreptul național al statului membru pe teritoriul căruia se solicită deschiderea unei proceduri secundare de insolvență determină persoana abilitată să solicite deschiderea unei astfel de proceduri.

Prin Sentința civilă nr. 6683/20.11.2017, pronunțată de Tribunalul București – Secția a VII-a Civilă în Dosarul nr. 38687/3/2017, judecătorul-sindic a admis excepția lipsei capacității de folosință a E C. P S.A. Grecia – Sucursala România și a respins cererea creditoarei ca fiind îndreptată împotriva unei persoane lipsite de capacitate de folosință, soluție menținută și de Curtea de Apel București – Secția a VI-a Civilă prin Decizia nr. 526A/13.03.2018³².

Pentru a se pronunța astfel, Curtea de Apel a reținut faptul că, din prevederile Regulamentului (UE) 848/2015, rezultă că nu există posibilitatea deschiderii procedurii insolvenței împotriva sucursalei, având în vedere că aceasta este un dezmembrământ al societății mamă, fără personalitate juridică și, mai ales, fără un patrimoniu propriu care să poată fi valorificat în cadrul unei proceduri de insolvență.

Prin Sentința civilă nr. 2265/23.06.2014, Tribunalul Ilfov a respins excepția lipsei calității procesuale pasive invocată de debitoarea – sucursală cu sediul în România a unei societăți –mamă cu sediul în Austria, împotriva căreia s-a solicitat deschiderea procedurii insolvenței, Tribunalul reținând, raportat la o jurisprudență națională nespecificată însă, faptul că *„deoarece activitatea societății comerciale străine se desfășoară în fapt în România în cadrul sucursalei, creditorii societății sunt din România, bunurile societății se află în țară și un număr mare de salariați lucrează aici, centrul principalelor interese ale companiei se află la sediul secundar. (...) Prin urmare, deschiderea unui sediu secundar în România de către o societate având sediul principal înregistrat în alt stat membru al Uniunii Europene nu împiedică deschiderea procedurii insolvenței prin simplul fapt că sediul secundar îmbracă forma sucursalei potrivit legii naționale, astfel cum se susține de către contestatoare”*³³.

Se observă astfel că, în ceea ce privește cererea de deschidere a procedurii insolvenței împotriva unei sucursale cu sediul în România a unei societăți-mamă cu sediul pe teritoriul unui alt stat membru, jurisprudența instanțelor române nu este unitară, acestea procedând fie la admiterea cererii, fie la respingerea acesteia ca inadmisibilă, ca fiind formulată împotriva unei persoane lipsite de calitate procesuală pasivă sau de capacitate de folosință.

Considerăm însă că, la analiza condițiilor de deschidere a procedurii insolvenței, inclusiv din perspectiva calității și capacității debitorului, urmează a fi avute în vedere prevederile dreptului intern în materia insolvenței din statul membru pe teritoriul căruia se solicită deschiderea procedurii insolvenței, la care fac trimitere, de altfel, inclusiv dispozițiile art. 7 alin. (1) și (2) din Regulamentul (UE) 2015/848.

Prin urmare, dacă în ceea ce privește interpretarea dată de Curtea de Justiție a Uniunii Europene în materia procedurilor de insolvență, se observă o jurisprudență constantă a acesteia, inclusiv din perspectiva responsabilității Curții de ghidare a instanțelor naționale în interpretarea uniformă a Regulamentului, hotărârile sale fiind obligatorii pentru toate instanțele naționale ale statelor membre, interpretarea judiciară a instanțelor naționale, chiar neunitară și relativă, se conturează, la rândul său, ca un factor *sine qua non* în evoluția și dezvoltarea dreptului național, instanțele naționale fiind singurele competente a interpreta și aplica dreptul intern.

³² Decizia nr. 526A/13.03.2018, pronunțată de Curtea de Apel București – Secția a VI-a Civilă, disponibilă la adresa <https://www.jurisprudenta.com/jurisprudenta/speta-12aylg90/>.

³³ <https://www.avocatura.com/speta/79777/procedura-insolventei-ndash-persoane-juridice-de-drept-privat-tribunalul-ilfov.html>.

SECȚIUNEA
ȘTIINȚE PENALE, CRIMINOLOGIE

EVOLUȚIA DREPTULUI PENAL PRIN JURISPRUDENȚA CURȚII CONSTITUȚIONALE

The Evolution of Criminal Law Through The Jurisprudence of The Constitutional Court

Tudorel TOADER*; Marieta SAFTA**

Rezumat: *Prezentul studiu abordează evoluția dreptului penal prin jurisprudența Curții Constituționale exemplificând cu referire la trei categorii de decizii: cele pure și simple, de constatare a neconstituționalității normelor penale, deciziile prin care se constată neconstituționalitatea soluțiilor legislative și deciziile interpretative, prin care se elimină sensul neconstituțional al normelor examinate. Fiecare dintre aceste tipuri de decizii relevă dimensiuni ale constituționalizării dreptului penal, cu o complexitate din ce în ce mai ridicată, precum și interferența cu politica penală a statului, în sensul de jalonare a marjei de apreciere a legiutorului în configurarea acestuia cu respectarea celor mai înalte standarde de protecție a drepturilor și libertăților fundamentale. Concluzia studiului este de evoluție în sensul unei abordări constituționaliste din ce în ce mai profunde a problematicilor de drept penal substanțial, ca drept circumscris apărării și garantării drepturilor și libertăților fundamentale.*

Cuvinte-cheie: *Control de constituționalitate, politică penală, instanțe constituționale, drept penal, constituționalizarea dreptului.*

Abstract: *The present study approaches the evolution of criminal law through the case-law of the Constitutional Court, exemplifying three categories of decisions: the pure and simple ones, of establishing the unconstitutionality of criminal norms, the decisions through which the unconstitutionality of legislative solutions is found, and the interpretative decisions, through which the unconstitutional meaning of the examined norms is eliminated. Each of these types of decisions reveal dimensions of the constitutionalization of criminal law with an ever-growing complexity, as well as the interference with the criminal policy of the state, in the sense of mapping out the margin of appreciation of the lawmaker in configuring it while observing the highest standards for the protection of the fundamental rights and freedoms. The conclusion of the study is that of the evolution in the sense of an increasingly more profound constitutional approach to the issues of substantive criminal law, as a law circumscribed to the defense and the guaranteeing of the fundamental rights and freedoms.*

Keywords: *Constitutionality review, criminal policy, constitutional courts, criminal law, constitutionalization of law.*

1. Considerații introductive

Tema care aduce în dezbatere rolul jurisprudenței în dezvoltarea noului drept român ne prilejuiește cristalizarea unor idei pe care le-am enunțat, explicat, nuanțat în diverse lucrări, de-a lungul timpului, în legătură cu rolul și efectele deciziilor Curții Constituționale în general, cu specială referire la dezvoltarea dreptului penal substanțial¹. Am analizat în diverse etape acest subiect, adăugând, de fiecare dată, noi elemente, în mod corespunzător evoluțiilor pe care le-a înregistrat jurisprudența Curții Constituționale a României.

Cu privire la caracterizarea generală a jurisprudenței Curții Constituționale am prezentat cu alte prilejuri, evoluțiile sub acest aspect². Ca bază pentru abordarea subiectului analizat trebuie însă arătat că toate deciziile Curții Constituționale, indiferent de soluția pronunțată, sunt general obligatorii. Art. 147 alin. (4) din Constituție, care consacră acest caracter, nu distinge nici în funcție de tipurile de decizii pe care Curtea Constituțională le pronunță, nici în funcție de conținutul acestor decizii, ceea ce conduce la concluzia că toate deciziile acestei Curți, în întregul lor,

* Profesor univ. dr., Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; Ministru al Justiției; e-mail: ttoader@uaic.ro.

** Conf. univ. dr., Universitatea „Titu Maiorescu” din București, Facultatea de Drept Prim magistrat-asistent, Curtea Constituțională a României; marieta.safta@ccr.ro.

¹ De exemplu, Toader Tudorel, Safta Marieta, *The evolution of criminal law through the constitutional review*, publicat în cadrul lucrărilor Conferinței naționale cu ocazia zilelor Universității „Alexandru Ioan Cuza” din Iași 21-31 octombrie 2016 – Dreptul și justiția într-o epocă a provocărilor.

² A se vedea Toader Tudorel, Safta Marieta, *Evoluția constituționalismului în România*, în Revista de Drept Constituțional nr. 1/2015, ISSN 2457-8754, pp.156-204, și în Revista Universul Juridic, Toader Tudorel, Safta Marieta, *Îndeplinirea de către legiutor a obligațiilor izvorâte din deciziile Curții Constituționale*, în volumul Sesiunii anuale de comunicări științifice cu tema „Simplificarea – imperativ al modernizării și ameliorării calității dreptului”, organizată de Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, 2015 aprilie 17, Safta Marieta, *„Uniformizarea dreptului prin controlul de constituționalitate”*, în volumul Conferinței internaționale cu tema „Uniformization of the Law – Legal Effects and Social, Political, Administrative Implications”, organizată de Universitatea Titu Maiorescu din București în parteneriat cu Universitatea „Alexandru Ioan Cuza din Iași” și Universitatea din Craiova, Iași, 23-25 octombrie 2014.

sunt general obligatorii³. Într-o jurisprudență constantă, Curtea a statuat că deopotrivă considerentele deciziilor Curții Constituționale care susțin soluția enunțată în dispozitiv sunt general obligatorii⁴. În consecință – a reținut Curtea –, atât Parlamentul, cât și Guvernul, respectiv autoritățile și instituțiile publice, trebuie să respecte atât considerentele, cât și dispozitivul deciziilor pe care Curtea Constituțională le pronunță. Acest efect specific este o consecință a rolului instanțelor de contencios constituțional, și constituie premisa fundamentală a evoluției, inclusiv a dreptului penal, prin jurisprudența Curții Constituționale. Subliniem și aici⁵ că tendințele relevate sub aspectul integrării jurisprudenței instanțelor de jurisdicție constituțională în cadrul izvoarelor dreptului reflectă ceea ce a fost numită tranziția către juristocrație⁶, înțeleasă ca un transfer de putere de la autoritățile reprezentative la cele judiciare. Instanțele constituționale naționale, dar și instanțele supranaționale au devenit, mai ales în ceea ce privește drepturile omului, corpuri de decizie cu o importanță din ce în ce mai mare, iar exemplele pe care urmează să le prezentăm sunt cu precădere sugestive în acest sens, câtă vreme drepturile fundamentale constituie cadrul de referință în controlul de constituționalitate, pentru circumstanțierea marjei de apreciere a legiuitorului în configurarea politicii penale.

În cadrul prezentului studiu, vom aborda evoluția dreptului penal prin jurisprudența Curții Constituționale exemplificând cu referire la trei categorii de decizii: cele pure și simple, de constatare a neconstituționalității unor norme penale, deciziile prin care se constată neconstituționalitatea soluțiilor legislative și deciziile interpretative, prin care se elimină sensul neconstituțional al normelor examinate. Fiecare dintre aceste tipuri de decizii relevă dimensiuni ale constituționalizării dreptului penal, cu o complexitate din ce în ce mai ridicată, mergând până la interferență cu politica penală a statului, în sensul de jalonare a marjei de apreciere a legiuitorului.

Sub acest aspect, dacă ne raportăm la evoluția în timp a jurisprudenței Curții Constituționale, constatăm că perioada recentă, de exemplu 2017-2018, se caracterizează printr-o prevalență a deciziilor complexe, în detrimentul celor de simplă constatare a neconstituționalității unor norme penale. Astfel, dintre 7 decizii de admitere a unor excepții de neconstituționalitate vizând Codul penal publicate în perioada 2017-2018, două au fost pure și simple (Deciziile nr. 368/2017⁷ și nr. 601/2018⁸), 3 au sancționat soluții legislative neconstituționale (Deciziile nr. 224/2017⁹, nr. 297/2018¹⁰ și nr. 651/2018¹¹), iar două sunt decizii interpretative (Decizia nr. 518/2017¹² și nr. 392/2017¹³). Desigur că acestea cuprind și referiri consistente la precedentele în materie, fie pentru a ilustra o jurisprudență constantă, fie pentru a ilustra consecințele nesocotirii sale de către legiuitor. În mod distinct ne vom referi la Decizia nr. 650/2018 referitoare la obiecția de neconstituționalitate a unor dispoziții din Legea pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, precum și a Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, precum și a legii în ansamblul său¹⁴. Aceasta este, poate, cea mai complexă decizie pe care Curtea Constituțională a pronunțat-o în privința normelor de drept penal substanțial, în sensul că sunt cristalizate evoluțiile jurisprudențiale de până la acest moment în materia de referință, fiind explicate în mod clar atât legitimitatea intervenției Curții cu referire la politica penală a statului, cât și și marja de apreciere a legiuitorului în definirea acestei politici.

2. Tipuri de decizii ale Curții Constituționale și constituționalizarea dreptului penal substanțial

2.1 Decizii pure și simple, de constatare a neconstituționalității legii

Aceste tipuri de decizii dau expresie rolului clasic al Curții Constituționale, de legiuitor „negativ” care elimină „veninul” de neconstituționalitate din conținutul normelor juridice, în sensul constatării neconstituționalității unei dispoziții specifice cuprinse într-un text de lege, cu un conținut clar determinat.

Astfel, exemplificând cu trimitere la jurisprudență recentă a Curții, mai sus menționată, observăm că, prin Decizia nr. 601/2018, precitată, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 129 alin.

³ A se vedea, de exemplu, Decizia nr. 2/2012, publicată în M. Of. nr. 131 din 23 februarie 2012).

⁴ A se vedea, de exemplu, Decizia nr. 196/2013, publicată în M. Of. nr. 231 din 22 aprilie 2013; Decizia nr. 163/2013, publicată în M. Of. nr. 190 din 4 aprilie 2013; Decizia nr. 102/2013, publicată în M. Of. nr. 208 din 12 aprilie 2013; Decizia nr. 1039/2012, publicată în M. Of. nr. 61 din 29 ianuarie 2013; Decizia nr. 536/2011, publicată în M. Of. nr. 482 din 7 iulie 2011; Decizia nr. 414/2010, publicată în M. Of. nr. 291 din 4 mai 2010; Decizia nr. 415/2010, publicată în M. Of. nr. 294 din 5 mai 2010).

⁵ În același sens, a se vedea Safta Marieta, *Constitutionalization of Regulations in Criminal Matter*, în volumul Conferinței științifice internaționale a Asociației Internaționale de Drept Penal, cu tema „Criminal repression in the context of the economic crisis and the maximization of crime at european and global level”, București, 9-10 mai 2013, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2345706, Medimond International Proceedings, Monduzzi Editore International Proceedings Division, Editografia Bologna, Italia, 2013.

⁶ R. Hirschl, *Towards juristocracy. The origins and consequences of the new constitutionalism*, Harvard University Press, 2007.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 566 din 17 iulie 2017.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 1.057 din 13 decembrie 2018.

⁹ Publicată în M. Of. nr. 427 din 09.06.2017.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 518 din 25 iunie 2018.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 1.083 din 20 decembrie 2018.

¹² Publicată în M. Of. nr. 765 din 26 septembrie 2017.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 504 din 30 iunie 2017.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 97 din 07 februarie 2019.

(2) lit. b) din Codul penal, potrivit căruia „în cazul săvârșirii a două infracțiuni, dintre care una în timpul minorității și una după majorat, pentru infracțiunea comisă în timpul minorității se ia o măsură educativă, iar pentru infracțiunea săvârșită după majorat se stabilește o pedeapsă, după care: [...] b) dacă măsura educativă este privativă de libertate, iar pedeapsa este închisoarea, se aplică pedeapsa închisorii, care se majorează cu o durată egală cu cel puțin o pătrime din durata măsurii educative ori din restul rămas neexecutat din aceasta la data săvârșirii infracțiunii comise după majorat” și a constatat că sintagma „cel puțin” din cuprinsul acestora este neconstituțională. De asemenea, prin Decizia nr. 368/2017, precitată, pronunțându-se asupra excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 35 alin. (1) din Codul penal, potrivit cărora „Infracțiunea este continuată când o persoană săvârșeste la diferite intervale de timp, dar în realizarea aceleiași rezoluții și împotriva aceluiași subiect pasiv, acțiuni sau inacțiuni care prezintă, fiecare în parte, conținutul aceleiași infracțiuni”, Curtea a constatat că sintagma „și împotriva aceluiași subiect pasiv” din cuprinsul acesteia este neconstituțională.

Față de tema Conferinței și a studiului propus, întrebarea este în ce mod influențează aceste decizii dreptul penal substanțial? Identificăm sub acest aspect un efect imediat, de suspendare și apoi neaplicare a dispozițiilor constatate ca fiind neconstituționale, practic de „eliminare” a lor din fondul activ al legislației, dar și un efect pe termen lung, pe care îl putem caracteriza ca fiind deopotrivă preventiv și sancționator. Astfel, art. 147 alin. (4) din Constituție, care consacră caracterul general obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale, oprește legiuitorul să mai adopte o normă având același conținut, printr-o altă reglementare. În măsura în care legiuitorul nu respectă această interdicție constituțională, normele adoptate cu nesocotirea sa sunt neconstituționale și sancționate ca atare în măsura în care Curtea Constituțională este sesizată în acest sens. Exemplificând cu referire la aceeași jurisprudență prezentată, observăm că prin Decizia nr. 650/2018, precitată, Curtea Constituțională a sancționat încălcarea Deciziei nr. 368/2018, reținând, în esență, următoarele: „indiferent de regimul sancționator al concursului de infracțiuni astfel cum acesta se propune a fi modificat prin art. 1 pct. 6 din legea criticată, Curtea constată că menținerea condiției unicității subiectului pasiv pentru reținerea infracțiunii continuate, în cazul unei anumite categorii de infracțiuni, respectiv al infracțiunilor contra persoanei, este de natură a contraveni Deciziei Curții Constituționale nr. 368 din 30 mai 2017. Totodată, analizând expunerea de motive a legii criticate, Curtea constată că, în cuprinsul acesteia, modificarea art. 35 alin. (1) din Codul penal este justificată prin trimiterea exemplificativă la diverse abuzuri de drept, despre care se susține că sunt săvârșite de organele judiciare, cu prilejul aplicării dispozițiilor legale în vigoare referitoare la infracțiunea continuată și la concursul de infracțiuni. Însă, tot prin Decizia nr. 368 din 30 mai 2017, paragraful 26, Curtea Constituțională a statuat că prezumarea eludării legii de către instanțele judecătorești, cu ocazia înfăptuirii actului de justiție, nu poate fi avută în vedere la stabilirea scopului legitim al unei reglementări. Pentru aceste motive, Curtea constată că reglementarea, prin art. 1 pct. 5 [cu referire la art. 35 alin. (1) fraza a doua] din lege, a condiției unicității subiectului pasiv în cazul infracțiunilor continuate săvârșite contra persoanei contravine Deciziei Curții Constituționale nr. 368 din 30 mai 2017 și, prin urmare, dispozițiilor art. 147 alin. (4) din Constituție”. (par. 287-288)

2.2. Decizii prin care se constată neconstituționalitatea soluțiilor legislative

Urmărind evoluția jurisprudenței instanței de contencios constituțional, ne-am referit la o tipologie mai recentă de decizii, prin care se realizează mai mult decât o simplă constatare a neconstituționalității normei legale, fiind constatată neconstituționalitatea soluției legislative reglementată prin respectiva normă¹⁵. Am apreciat că, din aceasta perspectivă, controlul de constituționalitate transcende cadrul strict al limitelor sesizărilor adresate Curții, în scopul asanării sistemului legislativ de acele dispoziții care reiau soluții legislative constatate ca fiind neconstituționale.

Am realizat la un moment dat o prezentare sintetică a soluțiilor legislative neconstituționale în materie penală pe care le-am circumstanțiat din analiza Curții Constituționale în materie, respectiv a acelor decizii prin care, examinând dispozițiile Codului penal, Curtea Constituțională a României a constatat că: este neconstituțională excluderea anumitor demnități, precum și a profesiilor liberale, din categoria funcționarilor și a funcționarilor publici, definită de Codul penal¹⁶; este neconstituțională soluția legislativă prin care instanța de judecată este lipsită de posibilitatea de a aprecia și de a dispune menținerea arestării preventive a inculpatului minor, în condițiile în care acesta a săvârșit o infracțiune deosebit de gravă sau s-a reținut în sarcina minorului existența unei pluralități infracționale¹⁷; măsura de siguranță a confiscării extinse nu poate fi aplicată pentru fapte săvârșite înainte de intrarea în vigoare a Legii nr. 63/2012 pentru modificarea și completarea Codului penal¹⁸; sunt neconstituționale soluțiile legislative care permit

¹⁵ T. Toader, M. Safta, *Dialogul judecătorilor constituționali*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, pp. 33-35.

¹⁶ Decizia nr. 2 din 15 ianuarie 2014, cu privire la obiecția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 1 pct. 5 și art. II pct. 3 din Legea pentru modificarea și completarea unor acte normative și a articolului unic din Legea pentru modificarea art. 2531 C. pen., publicată în M. Of. nr. 71 din 29 ianuarie 2014.

¹⁷ Decizia nr. 44 din 16 februarie 2016, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 399 alin. (3) lit. d) C. pr. pen. și ale art. 125 alin. (3) C. pen., publicată în M. Of. nr. 305 din 21.04.2016.

¹⁸ Decizia nr. 78 din 11 februarie 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 1182 alin. 2 lit. a) C. pen. din 1969, publicată în M. Of. nr. 273 din 14 aprilie 2014.

combinarea prevederilor din legi succesive, în stabilirea și aplicarea legii penale mai favorabile¹⁹; este neconstituțională soluția legislativă care, pentru motivul depășirii momentului citirii actului de sesizare, elimină beneficiul împăcării părților, beneficiu neprevăzut în noua lege penală²⁰; este neconstituțională reglementarea care nu respectă standardul constituțional de protecție a libertății individuale, prin stabilirea expresă a cazurilor de limitare a acestei valori²¹; este neconstituțională încadrarea în sfera ilicitului penal, a unor circumstanțe, survenite ulterior momentului consumării infracțiunilor de pericol²²; este neconstituțională soluția legislativă care permite configurarea elementului material al laturii obiective a infracțiunii de abuz în serviciu, prin acțiuni sau inacțiuni care nu sunt prevăzute în acte normative de reglementare primară (lege sau ordonanță a Guvernului)²³. Am prezentat pe larg²⁴ considerentele care au fundamentat aceste decizii de admitere a excepțiilor de neconstituționalitate.

Jurisprudența recentă a Curții Constituționale continuă și dezvoltă această orientare, prin afirmarea expresă, în dispozitivul unora dintre deciziile pronunțate, a constatării neconstituționalității soluției legislative criticate, iar nu a neconstituționalității normei. Astfel, prin Decizia 297/2018, precitată, examinând dispozițiile art. 155 alin. (1) din Codul penal, potrivit cărora „*Cursul termenului prescripției răspunderii penale se întrerupe prin îndeplinirea oricărui act de procedură în cauză*”, Curtea a constatat că soluția legislativă care prevede întreruperea cursului termenului prescripției răspunderii penale prin îndeplinirea „*oricărui act de procedură în cauză*”, din cuprinsul dispozițiilor art. 155 alin. (1) din Codul penal, este neconstituțională. Tot astfel, prin Decizia nr. 224/2017, precitată, pronunțându-se asupra excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 335 alin. (1) C. pen., potrivit cărora „*Conducerea pe drumurile publice a unui autovehicul ori a unui tramvai de către o persoană care nu posedă permis de conducere se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani*”, Curtea a constatat că soluția legislativă care nu incriminează fapta de conducere pe drumurile publice a unui tractor agricol sau forestier, fără permis de conducere, este neconstituțională. În sfârșit, prin Decizia nr. 651/2018, precitată, Curtea a constatat că soluția legislativă cuprinsă în art. 4 C. pen., care nu asimilează efectele unei decizii a Curții Constituționale prin care se constată neconstituționalitatea unei norme de incriminare cu cele ale unei legi penale de dezincriminare, este neconstituțională.

Ceea ce distinge aceste decizii față de cele pure și simple, de constatare a neconstituționalității unor dispoziții de drept penal substanțial, este faptul că au deopotrivă efect sancționator, asupra normei care a făcut obiectul excepției de neconstituționalitate, efect preventiv, prin imposibilitatea legiuitorului de a relua o soluție legislativă declarată neconstituțională, cu excepția situației în care are loc o schimbare a contextului socio-economic, dar și un efect de orientare a legiuitorului în privința modificării normelor penale pentru a asigura compatibilitatea lor cu dispozițiile constituționale. Ultimele două exemple mai sus prezentate sunt ilustrative sub acest aspect întrucât, prin modalitatea de redactare a dispozitivului, conduc la complinirea unor omisiuni legislative, cu obligarea în consecință a legiuitorului de a adopta norme în sensul reținut de Curtea Constituțională.

2.3 Deciziile interpretative

Dezvoltând această temă, am arătat²⁵ că deciziile interpretative sunt, în sens larg, toate deciziile Curții Constituționale care nu cuprind o simplă declarare a constituționalității/neconstituționalității normelor criticate. În delimitarea deciziilor simple de cele interpretative avem în vedere atât structura și conținutul considerentelor, cât și ale dispozitivului, respectiv circumstanțierea constituționalității, sau neconstituționalității, după caz, în cuprinsul dispozitivului deciziei. Deciziile interpretative constată constituționalitatea sau neconstituționalitatea, însă într-o anumită interpretare a textului de lege supus controlului de constituționalitate. În acest mod, textul este „salvat”, în sensul că el va putea fi în continuare aplicat, însă în interpretarea obligatorie stabilită de Curtea Constituțională, respectiv cu eliminarea acelei interpretări constatată ca fiind neconstituțională. Am arătat, totodată, că apariția unor asemenea decizii, care există de mult timp în practica instanțelor de jurisdicție constituțională din Germania, Italia, Franța, a fost determinată de dezideratul securității juridice în sens larg, acestea fiind de altfel caracterizate ca „mijloace privilegiate utilizate de curțile constituționale pentru a evita invalidarea unei norme legale”²⁶. Efectele

¹⁹ Decizia nr. 265 din 6 mai 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 5 din Codul penal, publicată în M. Of. nr. 372 din 20 mai 2014.

²⁰ Decizia nr. 508 din 7 octombrie 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 159 alin. (3) din Codul penal, publicată în M. Of. nr. 843 din 19 noiembrie 2014.

²¹ Decizia nr. 603 din 6 octombrie 2015, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 301 alin. (1) și art. 308 alin. (1) din Codul penal, publicată în M. Of. nr. 845 din 13 noiembrie 2015.

²² Decizia nr. 732 din 16 decembrie 2014, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 336 alin. (1) din Codul penal, publicată în M. Of. nr. 69 din 27 ianuarie 2015.

²³ Decizia nr. 405 din 15 iunie 2016, referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 246 din Codul penal din 1969, ale art. 297 alin. (1) din Codul penal, publicată în M. Of. nr. 517 din 8 iulie 2016.

²⁴ Soluții legislative neconstituționale consacrate prin Codul penal din 2014, în Revista de Drept Constituțional nr. 4/2016, Ed. Universul Juridic.

²⁵ Pe larg, Toader Tudorel, Safta, *Rolul deciziilor interpretative în procesul de constituționalizare a dreptului*, în Revista Dreptul nr. 9/2014, pp. 65-88.

²⁶ G. Drago, *L execution des decisions du Conseil Constitutionnel*, Economica, Paris, 1991, p. 151.

negative ale unei astfel de invalidări pot fi surmontate prin realizarea unei interpretări a normei infraconstituționale în concordanță cu norma constituțională, pentru realizarea unei compatibilizări a acestora.

Ilustrând cu exemplele recente precitate, arătăm că, prin Decizia nr. 518/2017, Curtea a constatat că dispozițiile art. 249 alin.1 din Codul penal din 1969 și ale art. 298 din Codul penal sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinirea ei defectuoasă” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinirea prin încălcarea legii”. Tot astfel, prin Decizia nr. 392/2017, Curtea a constatat că dispozițiile art. 248 din Codul penal din 1969 sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinește prin încălcarea legii”.

Cât privește efectele deciziilor interpretative, în situația constatării constituționalității/neconstituționalității legii într-o anumită interpretare, aceasta nu își încetează aplicabilitatea, ci continuă să existe în fondul activ al legislației, fiind înlăturată doar interpretarea/interpretările neconstituționale. Interpretarea constatată de Curte ca fiind constituțională, aceasta devine obligatorie *erga omnes* în virtutea art. 147 alin. (4) din Constituție. Curtea a statuat în acest sens că «„indiferent de interpretările ce se pot aduce unui text, atunci când Curtea Constituțională a hotărât că numai o anumită interpretare este conformă cu Constituția, menținându-se astfel prezumția de constituționalitate a textului în această interpretare, atât instanțele judecătorești, cât și organele administrative trebuie să se conformeze deciziei Curții și să o aplice ca atare”. În interpretarea legii, instanțele judecătorești, între care și Înalta Curte de Casație și Justiție, trebuie să respecte cadrul constituțional, iar sancționarea depășirii/încălcării acestuia revine în exclusivitate Curții Constituționale»²⁷.

3. Controlul de constituționalitate și politica penală. Influențe și interferențe²⁸

Desigur că instanțele de jurisdicție constituțională nu fac politică penală, ci elimină din sistemul normativ acele reglementări, soluții legislative sau interpretări ale dispozițiilor legale care contravin Constituției, astfel cum am evidențiat în prezentarea realizată. Instanțele constituționale nu adoptă norme, nu se pronunță asupra oportunității lor, ci stabilesc care dintre normele adoptate de către Parlament sunt în contradicție cu Legea fundamentală. Există o bogată jurisprudență a Curții Constituționale a României în care se statuează în acest sens²⁹.

Abordând în urmă cu aproape doi ani, într-o dezbatere publică, tema «cine face politica penală în România»³⁰, arătam însă că un rol decisiv în privința acestei politici îl are și Curtea Constituțională. Indiferent de tipologia deciziilor, toate fațetele procesului de constituționalizare a dreptului analizate au un rol modelator inclusiv cu privire la politica penală a statului. În unele dintre deciziile sale – nu multe ca număr, Curtea se referă în mod direct la politica penală, în altele în mod indirect, însă ambele categorii au aceeași forță juridică. Printre primele cele mai semnificative decizii în acest sens considerăm că sunt Decizia nr. 418/2005³¹ și Decizia nr. 62/2007³² iar printre cele mai explicite, recenta Decizie nr. 650/2018, precitată.

Astfel, prin Decizia nr. 418/2005, Curtea a constatat, referitor la anumite infracțiuni cuprinse într-o lege cu dispoziții penale – Legea privind sănătatea reproducerii și reproducerea umană asistată medical – că acestea „nu se încadrează în politica penală a Parlamentului avută în vedere la elaborarea Codului penal”. Prin urmare, Curtea a stabilit că este competentă să analizeze dacă o anumită normă penală se încadrează sau nu în politica penală a statului, fără însă a identifica textul de referință folosit în controlul de constituționalitate, pentru a determina parametrul de constituționalitate incident. Totuși Curtea a stabilit încălcarea unor texte constituționale specifice, referitoare la drepturile și libertățile fundamentale, având în vedere relațiile sociale ce trebuiau a fi ocrotite în lipsa normelor penale de dezincriminare [art. 22 din Constituție privind dreptul la viață și la integritate fizică și psihică și art. 26 din Constituție referitor la viața intimă, familială și privată].

Prin Decizia nr. 62/2007, Curtea a constatat că dispozițiile art. I pct. 56 din Legea nr. 278/2006 pentru modificarea și completarea Codului penal, precum și pentru modificarea și completarea altor legi, partea referitoare la abrogarea art. 205, 206 și 207 din Codul penal, sunt neconstituționale. În considerentele deciziei pronunțate, Curtea a statuat că „prin abrogarea dispozițiilor legale menționate s-a creat un inadmisibil *vid de reglementare*, contrar dispoziției constituționale care garantează demnitatea omului ca valoare supremă. În absența ocrotirii juridice prevăzute de art. 205, 206 și 207 din Codul penal, demnitatea, onoarea și reputația persoanelor nu mai beneficiază de nicio altă formă de ocrotire juridică reală și adecvată”; „înlăturarea mijloacelor penale de ocrotire a demnității, ca valoare supremă în statul de drept, determină încălcarea caracterului efectiv al accesului la justiție în această

²⁷ Decizia nr. 536 din 28 aprilie 2011, publicată în M. Of. nr. 482 din 7 iulie 2011.

²⁸ A se vedea, dezvoltări pe aceeași temă, Safta Marieta, *The constitutional limits of the criminal law in the case-law of the Constitutional Court of Romania*, în volumul „Libertés, (l)égalité, humanité – Mélanges offerts à Jean Spreutels” sub coordonare: André Alen, François Daoût, Pierre Nihoul, Etienne Peremans, Willem Verrijdt, pp. 611-627.

²⁹ Decizia nr. 203 din 29 noiembrie 1999, publicată în M. Of. nr. 603 din 9 decembrie 1999, ale cărei considerente sunt reiterate în Decizia nr. 904 din 25 octombrie 2012, publicată în M. Of. nr. 4 din 3 ianuarie 2013, invocată la rândul ei în Decizia nr. 172 din 19 martie 2015, publicată în M. Of. nr. 336 din 18 mai 2015; Decizia nr. 172 din 19 martie 2015, publicată în M. Of. nr. 336 din 18 mai 2015.

³⁰ <https://www.juridice.ro/wp-content/uploads/2017/05/cm-1.pdf>.

³¹ Publicată în M. Of. nr. 664 din 26 iulie 2005.

³² Publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007.

materie. În plus, Curtea constată că, prin efectul abrogării analizate, spre deosebire de persoanele ale căror drepturi – altele decât dreptul la onoare și la o bună reputație – au fost încălcate și care se pot adresa instanțelor judecătorești pentru apărarea drepturilor lor, victimele infracțiunilor de insultă și calomnie nu au nicio posibilitate reală și adecvată de a beneficia pe cale judiciară de apărarea demnității lor – valoare supremă, garantată de Legea fundamentală”.

Cât privește Decizia nr. 650/2018, aceasta cristalizează o evoluție de mai mult de 13 ani în privința definirii raporturilor instanței constituționale cu legiuitorul cu referire la politica penală (aceasta dacă luăm ca reper Decizia nr. 418/2005, precitată), și explică în mod clar fundamentul legitimității și limitele controlului de constituționalitate în această privință. Astfel, Curtea a reținut că „nu are competența să își asume ea însăși politica penală a statului, drept care legiuitorul are o largă marjă de apreciere în acest domeniu. **Intervenția Curții este legitimă numai în măsura în care este afectată capacitatea statului de a combate fenomenul infracțional sau atunci când nu sunt respectate drepturile și libertățile fundamentale**” (par. 342).

De aceea Curtea a reținut, de exemplu, în cuprinsul aceleiași decizii, că „reducerea fracțiilor ce urmează a fi executate din pedepsele penale cu închisoarea, în scopul dispunerii liberării condiționate, nu afectează însă caracterul persuasiv al legii penale, ci reprezintă o măsură de politică penală a legiuitorului, adoptată conform atribuției sale constituționale prevăzute la art. 61 alin. (1) din Legea fundamentală și în marja de apreciere prevăzută de acesta.” (par. 372).

Tot astfel, Curtea a reținut că „legiuitorul are competența de a extinde sfera de aplicare a circumstanței atenuate legale prevăzute la art. 75 alin. (1) lit. d) din Codul penal, chiar dacă aceasta are drept consecință reducerea limitelor speciale ale pedepsei în privința unei game mai mari de infracțiuni. (...) Extinderea sferei infracțiunilor pentru care se aplică circumstanța atenuantă prevăzută la art. 75 alin. (1) lit. d) din Codul penal denotă faptul că, potrivit politicii penale a statului, investigarea infracțiunilor enumerate are ca finalitate și acoperirea integrală a prejudiciului material cauzat prin comiterea acestora, legiuitorul înțelegând că acest aspect se circumscrie scopului aplicării legii penale, în cazul infracțiunilor analizate. Totodată, ține tot de competența legiuitorului stabilirea intervalului temporal în interiorul căruia trebuie acoperit prejudiciul material suferit pentru a beneficia de prevederile art. 75 alin. (1) lit. d) din Codul penal” (par. 341).

Analizând, însă, în aceeași decizie, dezincriminarea faptelor de corupție și de serviciu, atunci când acestea sunt săvârșite de către un funcționar public dintre cei prevăzuți la art. 175 alin. (2) din Codul penal, pentru stabili dacă dispozițiile art. I pct. 30 din lege, corespunzând noii politici penale a statului, au fost adoptate de către legiuitor cu respectarea prevederilor art. 61 alin. (1) din Constituție și în marja de apreciere prevăzută de acestea, Curtea a constatat neconstituționalitatea respectivelor dispoziții. În acest context, Curtea, invocând o serie de acte internaționale, precum și Decizia sa nr. 2/2014, a reținut că, „potrivit art. 1 alin. (5) din Legea fundamentală, respectarea Constituției este obligatorie, de unde rezultă că Parlamentul nu-și poate exercita competența de incriminare și de dezincriminare a unor fapte antisociale decât cu respectarea normelor și principiilor consacrate prin Constituție.” (par. 473) Curtea a mai subliniat că, prin abrogarea art. 175 alin. (2) din Codul penal, legiuitorul nu numai că a „extras”, astfel cum s-a întâmplat în anul 2014 sau 2016, profesiile liberale/notarii din sfera funcționarului public asimilat, dar a eliminat întregul text ce privește funcționarul public asimilat, aspect ce lezează în mod vădit valorile fundamentale care decurg din exigențele statului de drept. Or, «Parlamentul nu poate proceda la eliminarea protecției juridice penale a valorilor cu statut constituțional, libertatea de reglementare pe care acesta o are în astfel cazuri putând fi exercitată doar prin reglementarea condițiilor de tragere la răspundere penală pentru faptele antisociale care aduc atingere valorilor prevăzute și garantate de Constituție (a se vedea Decizia Curții Constituționale nr. 62 din 7 februarie 2007, publicată în M. Of. nr. 104 din 12 februarie 2007). În același sens, prin Decizia nr. 619 din 11 octombrie 2014, paragraful 44, Curtea a statuat, în ceea ce privește exigențele materiale de care este ținut legiuitorul în materie penală, că legiuitorul are competența de a incrimina fapte care prezintă o amenințare la adresa valorilor sociale ocrotite prin textul Constituției, expresie a caracterului de stat de drept și democratic, sau de a dezincrimina infracțiuni atunci când nu se mai justifică necesitatea folosirii mijloacelor penale, însă este evident că marja de apreciere a acestuia nu este una absolută (a se vedea și Decizia nr. 2 din 15 ianuarie 2014). Astfel, **măsurile de politică penală trebuie să fie promovate în respectul valorilor, exigențelor și principiilor consacrate prin Constituție și asumate în mod expres și neechivoc de către Parlament.** De aceea, Curtea subliniază permanent în deciziile sale faptul că „incriminarea/dezincriminarea unor fapte ori reconfigurarea elementelor constitutive ale unei infracțiuni țin de marja de apreciere a legiuitorului, marjă care nu este absolută, ea fiind limitată de principiile, valorile și exigențele constituționale” (Decizia nr. 683 din 19 noiembrie 2014, publicată în M. Of. nr. 47 din 20 ianuarie 2015, paragraful 16, și ad similes Decizia nr. 54 din 24 februarie 2015, publicată în M. Of. nr. 257 din 17 aprilie 2015).» Tot în același sens, Curtea a subliniat că marja de apreciere a legiuitorului, atunci când pune în discuție limitarea unui drept constituțional, în speță art. 23 din Constituție (Decizia nr. 603 din 6 octombrie 2015, paragraful 23), sau nesancționarea încălcării unor relații sociale ce ar avea drept consecință existența unei amenințări cu privire la instituțiile statului de drept, democrație, drepturile omului, echitatea și

justiția socială (Decizia nr. 2 din 15 ianuarie 2014) este una limitată, fiind supusă unui control strict al Curții Constituționale. (par. 476-477).

Considerente asemănătoare fundamentează și constatarea, prin aceeași decizie, a neconstituționalității art. I pct. 6 [cu referire la art. 39 alin. (1) lit. b) și e), cu trimitere la lit. b)] din lege, privind concursul de infracțiuni, Curtea reținând că „de principiu, o asemenea opțiune legislativă ține de marja de apreciere a legiuitorului în structurarea politicii sale penale. De asemenea, ține de competența acestuia să opteze pentru un anume sistem sau altul sau pentru o anume variațiune din cadrul unui sistem. Totuși marja de apreciere a legiuitorului nu este și nu poate fi una absolută. Astfel, trebuie ca, prin opțiunea sa, pe de o parte, să aducă o atingere proporțională libertății individuale a infractorului, ținând cont de relațiile sociale nesocotite de către acesta, iar, pe de altă parte, să protejeze ordinea și siguranța publică, precum și drepturile și libertățile fundamentale ale celorlalte persoane, ținând seama de pericolozitatea infractorului. De aceea, **poliția penală a statului trebuie astfel configurată încât să creeze un just echilibru între interesele concurente; un asemenea echilibru reprezintă o garanție asociată statului de drept**. În considerarea acestui aspect, Curtea a statuat că legiuitorul are obligația de a lua măsuri în vederea apărării ordinii și siguranței publice, prin adoptarea instrumentelor legale necesare în scopul reducerii fenomenului infracțional, cu excluderea oricăror reglementări de natură să ducă la încurajarea acestui fenomen. Astfel, dacă opțiunea pentru un anumit sistem de sancționare a concursului de infracțiuni ar duce la încurajarea acestui fenomen și punerea în pericol, pe cale de consecință, a drepturilor și libertăților fundamentale ale celorlalte persoane, ar demonstra o lipsă vădită a unui echilibru între interesele concurente, iar acest dezechilibru în sine este contrar ideii de stat de drept”. (par. 296) De aceea – precizează Curtea – analiza „va fi una în două trepte, respectiv stabilirea relației de vădită contrarietate între norma penală adoptată și politica penală a statului și dacă această relație de contrarietate este de natură a încălca drepturi/libertăți fundamentale specifice [ale inculpatului sau ale celorlalte persoane] sau chiar întregul spectru al acestora”. (par. 298) Realizând această analiză, Curtea a ajuns la concluzia că se alterează politica penală a statului, astfel cum a fost promovată și normativizată prin Codul penal în vigoare, încercând revenirea la o formulă consacrată de Codul penal din 1969, denaturând-o, în schimb, și pe aceea, sub aspectul tratamentului sancționator. Nimic nu împiedică legiuitorul să modifice/să schimbe politica penală a statului, însă aceasta trebuie să fie corelată cu concepția de ansamblu a Codului penal și în conformitate cu exigențele Constituției; aceasta înseamnă ca statul să asigure un just echilibru între protecția libertății individuale a infractorului și drepturile și libertățile fundamentale ale celorlalte persoane. (par. 306) Potrivit Curții, „legiuitorul are competența de a reveni la sistemul cumulului juridic cu spor facultativ și variabil și nimic nu îl împiedică să facă acest lucru, însă aceasta presupune majorarea limitelor speciale de pedeapsă, precum și a cuantumului sporului de pedeapsă, pentru a nu se ajunge la alterarea sistemului cumulului juridic și adoptarea, în realitate, a sistemului absorbției, ceea ce ar echivala cu nepedepsirea celorlalte infracțiuni aflate în concurs. Rezultă că măsura analizată nu reconfigurează politica penală a statului, ci se constituie într-un element de alterare a acesteia, care afectează drepturile și libertățile fundamentale în ansamblul lor, fapt pentru care se constituie nu numai într-o amenințare punctuală în privința unui drept sau a unei libertăți fundamentale, ci în privința statului de drept, astfel cum acesta este consacrat la art. 1 alin. (3) din Constituție”. (par. 307-308).

4. Concluzii

Reperetele jurisprudențiale prezentate sunt de natură să demonstreze o evoluție în sensul unei abordări constituționaliste din ce în ce mai profunde a problematicilor de drept penal substanțial. Totodată, este evidențiat rolul jurisprudenței Curții Constituționale în „modelarea” dreptului penal substanțial, astfel încât acesta să respecte cele mai înalte standarde de protecție a drepturilor și libertăților fundamentale.

De altfel, realizarea acestui obiectiv legitimează, așa cum instanța constituțională a subliniat, controlul de constituționalitate al limitelor/marjei de apreciere a legiuitorului în configurarea elementelor constitutive ale infracțiunii. Ca urmare, în demersul lor de modificare a cadrului legal în materie penală, autoritățile publice trebuie să aibă permanent în vedere respectarea drepturilor fundamentale. De asemenea, trebuie să aibă în vedere ca cetățenii, destinatarii legii, să aibă posibilitatea să cunoască și să înțeleagă de îndată și exact reglementările în dinamica modificării lor.

Aceasta este, am spune concluzie fundamentală a evoluției dreptului penal substanțial prin controlul de constituționalitate: **un drept penal circumscris apărării și garantării drepturilor și libertăților fundamentale**.

CONSIDERAȚII DE DOCTRINĂ ȘI JURISPRUDENȚĂ PRIVIND ASIGURAREA UNEI PRACTICI JUDICIARE UNITARE ÎN MATERIE PENALĂ

Doctrine and Jurisprudence Considerations Regarding The Assurance of a Unitary Jurisprudence in Criminal Law Matters

Ion RISTEA*

Rezumat: Introducerea de către legiuitorul noului Cod de procedură penală a unor prevederi referitoare la interpretarea unitară a legii reprezintă un element de progres în preocuparea de a adapta legislația română la cea europeană. Asigurarea interpretării unitare a legii este o componentă a principiului securității juridice care derivă din preeminența dreptului, având strânsă legătură cu principiul legalității și al dreptului la un proces echitabil. În acest context, autorul a identificat unele idei divergente exprimate în doctrină referitoare la reglementarea acestui domeniu și cu argumente de teorie și practică judiciară și-a exprimat părerea privind opinia cea mai viabilă.

Cuvinte-cheie: practică judiciară unitară; securitate juridică; preeminența dreptului; recursul în interesul legii; dezlegarea unor chestiuni de drept.

Abstract: The introduction by the legislator of the new Code of Criminal Procedure of provisions regarding the unitary interpretation of the law represents an element of progress in the concern of adjusting the Romanian legislation to the European one. Insuring the unitary interpretation of the law is a component of the principle of judicial security which derives from the preeminence of the law, has a strong relation with the principle of legality and the right to a fair trial. In this context, the author has identified some divergent ideas expressed in the doctrine regarding the regulation of this area and by using arguments inspired from the judicial theories and practice has expressed the opinion regarding the most pertinent idea.

Keywords: unitary judicial practice, judicial security, preeminence of the law, appeal in the interest of the law, solving certain matters of law.

În sistemul de drept român, activitatea procesual penală nu se desfășoară în mod arbitrar ci în baza unor principii fundamentale (idei diriguitoare) și în baza unor reguli procedurale, ambele instituite de Codul de procedură penală în vigoare. Atât principiile fundamentale cât și normele procedurale reprezintă expresia reflectării normelor europene și a normelor constituționale în legislația procesual penală română în vigoare.

În afara principiilor fundamentale prevăzute în mod expres în Codul de procedură penală, în strânsă legătură cu principiul legalității, s-a conturat un alt principiu, cel al **securității juridice**. Fără a fi consacrat expres de normele constituționale sau procedurale, fiind mai degrabă o creație a jurisprudenței, acesta constituie, deopotrivă, un principiu fundamental al statului de drept, care trebuie să se regăsească și în Codul de procedură penală.

Având o structură complexă, principiul securității juridice exprimă, în esență, faptul că cetățenii trebuie protejați contra unui pericol care vine chiar din partea dreptului, contra unei insecurități pe care a creat-o dreptul sau pe care acesta riscă s-o creeze¹. Acest principiu consacrat prin expresia *res judicata pro veritate habetur* a cunoscut o continuă evoluție în dreptul european, atât la nivel general comunitar, cât și în materia protecției drepturilor omului.

Astfel, Curtea de Justiție a Comunităților Europene a statuat că principiul securității juridice face parte din ordinea juridică comunitară și trebuie respectat atât de instituțiile comunitare, cât și de statele membre, atunci când acestea își exercită prerogativele conferite de directivele comunitare².

De asemenea, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în jurisprudența sa, de exemplu în cauza *Marcks împotriva Belgiei*, 1979, importanța respectării principiului securității juridice, considerat ca fiind în mod necesar inerent atât dreptului Convenției, cât și dreptului comunitar³.

În jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, acest principiu este consacrat în mod explicit în legătură cu unul dintre drepturile fundamentale reglementate de Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, respectiv dreptul la un proces echitabil. În numeroase cauze împotriva României, de exemplu cauza *Brumărescu împotriva României*⁴, această instanță a statuat că unul dintre elementele fundamentale ale preeminenței

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” din cadrul Academiei Române; Prof. univ. dr. la Universitatea AGORA din Oradea; e-mail: risteam_ion@yahoo.com.

¹ Lucien François, *Le problème de la sécurité juridique*, lucrarea *La sécurité juridique*, Ed. Jeune Barreau de Liège, Liège, 1993, p. 10.

² Cauza C-381/97, *Belgocodex*, Culegere 1998, p. I-8153, par. 26.

³ Corneliu Bîrsan, *Convenția europeană a drepturilor omului*, comentariu pe articole, vol. I – Drepturi și libertăți, Ed. All Beck, p. 472.

⁴ M. Of. nr. 414 din 31 august 2000.

dreptului este principiul securității raporturilor juridice, care impune, printre altele, ca soluția dată în mod definitiv de către tribunale unui litigiu să nu fie repusă în discuție.

Principiul securității juridice cuprinde, în principal, următoarele exigențe: neretroactivitatea legii, accesibilitatea și previzibilitatea legii, asigurarea interpretării unitare a legii. Dintre aceste exigențe, în raport cu specificul temei, vom face referire numai la asigurarea interpretării unitare a legii.

Rolul primordial în asigurarea interpretării unitare a legii revine instanței supreme.

În acest sens, Constituția României, în art. 126 alin.3 prevede că Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale, text care a fost preluat și în art. 18 alin. 2 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară⁵.

În expunerea de motive se arată că obiectivele urmărite de noul Cod de procedură penală sunt: crearea unui cadru legislativ în care procesul penal să fie mai rapid, mai eficient și mai puțin costisitor; protecția unitară a drepturilor omului și a libertăților garantate de Constituție și de instrumentele juridice internaționale; armonizarea conceptuală cu prevederile proiectului noului Cod penal; reglementarea adecvată a obligațiilor internaționale asumate de țara noastră privind actele normative din domeniul dreptului procesual penal; stabilirea unui echilibru corespunzător între cerințele pentru o procedură penală eficientă, protejarea drepturilor procedurale elementare, dar și a celor fundamentale ale omului pentru participanții la procesul penal și respectarea unitară a principiilor care privesc desfășurarea echitabilă a procesului penal⁶.

De asemenea, se menționează că actualul sistem procedural reglementat de Codul de procedură penală, supus unor frecvente intervenții legislative asupra diferitelor instituții, a condus la o aplicare și interpretare neunitară a legii procesual penale. De aceea, apare ca evidentă necesitatea creării cadrului adecvat pentru ca Înalta Curte de Casație și Justiție să-și poată îndeplini rolul în interpretarea și aplicarea unitară a legii procesual penale.

În acest context, în vederea asigurării unei jurisprudențe unitare la nivel național, cu respectarea celor mai exigente standarde internaționale în materie procesual penală, respectiv standardele Curții Europene a Drepturilor Omului, au fost prevăzute două instrumente procesuale distincte și anume: recursul în interesul legii, respectiv sesizarea Înaltei Curte de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unei probleme de drept. Aceste mecanisme procesuale incluse în cadrul Titlului III, Capitolul VI cu denumirea „Dispoziții privind asigurarea unei practici judiciare unitare”, urmează să le analizăm în continuare.

1. Recursul în interesul legii este reglementat în art. 471-474¹ C. pr. pen.

1.1. Din analiza prevederilor art. 471 C. pr. pen. rezultă că scopul recursului în interesul legii îl reprezintă interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești. Calitatea procesuală activă este deținută de către: procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției; colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție; colegiile de conducere ale curților de apel și Avocatul Poporului.

În legătură cu acest text, în practica instanțe supreme s-a pus în discuție dacă titularii recursului în interesul legii pot avea dreptul de retragere a recursului în interesul legii formulat și promovat. Având în vedere prevederile art. 414² alin. (1) C. pr. pen. anterior, până la modificarea intervenită prin Legea nr. 356/2006, s-a arătat că efectuarea recursului în interesul legii are caracter facultativ care dă posibilitatea titularului să stăruie, să renunțe ori să retragă sesizarea care a investit instanța supremă⁷. Prin Legea nr. 356/2006, textul susmenționat a fost modificat stabilindu-se că titularii recursului în interesul legii au obligația să ceară instanței supreme să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au primit o soluționare diferită din partea instanțelor de judecată. La fel și art. 471 alin. (1) NCPP stabilește că persoanele enumerate au această îndatorire. În raport de aceste reformulări ale textelor incidente, în literatura juridică se consideră că recursul în interesul legii are caracter de ordine publică și drept consecință subiectul care a sesizat instanța supremă nu are posibilitatea retragerii cererii de recurs⁸.

1.2. Cererea prin care instanța supremă este sesizată trebuie să cuprindă soluțiile diferite date problemei de drept și motivarea acestora, jurisprudența Curții Constituționale, a Înaltei Curte de Casație și Justiție, a Curții Europene a Dreptului Omului sau, după caz, a Curții de justiție a Uniunii Europene, opiniile exprimate în doctrină relevante în domeniu, precum și soluția ce se propune a fi pronunțată în recursul în interesul legii. În toate cazurile, cererea de recurs trebuie să fie însoțită, sub sancțiunea respingerii ca inadmisibilă, de copii ale hotărârilor judecătorești definitive din care rezultă că problemele de drept care formează obiectul judecății au fost soluționate în mod diferit de instanțele de judecată.

1.3. În conformitate cu prevederile art. 472 C. pr. pen. recursul în interesul legii este admisibil numai dacă se face dovada că problemele de drept care formează obiectul judecății au fost soluționate în mod diferit prin hotărâri judecătorești definitive, care se anexează la cerere.

⁵ Ion Ristea, *Reflectarea normelor constituționale în legislația penală română în vigoare*, Ed. Universității din Pitești, 2006, p. 95.

⁶ *Expunere de motive la noul Cod de procedură penală*, www.just.ro.

⁷ I.C.C.J., Secțiunile Unite, *Decizia nr. 5 din 8 decembrie 2003*, www.scj.ro.

⁸ M. Udroui și colaboratorii, *Codul de procedură penală. Comentarii pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 1186.

Deci, motivele invocate în cererea de recurs în interesul legii trebuie dovedite prin anexarea hotărârilor judecătorești definitive. Chiar dacă există o practică judiciară neunitară, însă aceasta nu este probată, recursul în interesul legii va fi respins ca inadmisibil, deoarece instanța supremă nu are obligația de a desfășura o cercetare judecătorească prin care să verifice existența unei hotărâri judecătorești contradictorii.

În acest sens, I.C.C.J., prin decizia nr. XXXV din 7 mai 2007 a respins recursul în interesul legii promovat de către procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție prin care s-a solicitat să se stabilească deosebirea dintre infracțiunea de trafic de influență și aceea de înșelăciune, reținându-se, printre altele că soluțiile invocate în sprijinul sesizării nu conțin elemente de comparare care să justifice cerința de a se da dezlegare într-o problemă de încadrare juridică diferită dată de instanțe cu privire la spețe identice, hotărârile la care s-a făcut referire privind fapte săvârșite în condiții diferite, care, evident, nu ar justifica aceeași încadrare juridică. Astfel, s-a constatat că nu sunt întrunite condițiile pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii din moment ce soluțiile evocate privesc situații premisă diferite⁹.

1.4. Referitor la prevederile art. 473 C. pr. pen. care are ca denumire marginală judecarea recursului în interesul legii, în literatura juridică s-a susținut că textul este criticabil deoarece prezintă un mod confuz de legiferare.

Potrivit alin. (1), recursul în interesul legii se judecă de un complet format din președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție sau, în lipsa acestuia, din vicepreședintele Înaltei Curți de Casație și Justiție, președinții de secții din cadrul acesteia, un număr de 14 judecători din secția în a cărei competență intră chestiunea de drept care a fost soluționată diferit de instanțele judecătorești, precum și câte 2 judecători din cadrul celorlalte secții. Președintele completului este președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție sau, în lipsa acestuia vicepreședintele Înaltei Curți de Casație și Justiție.

Potrivit alin. (2), în cazul în care chestiunea de drept prezintă interes pentru două sau mai multe secții, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție stabilește secțiile din care provin judecătorii ce vor alcătui completul de judecată.

Prin aplicarea acestor dispoziții, se poate ajunge la concluzii diferite, în sensul că cei 14 judecători vor face parte din toate secțiile în a căror competență intră chestiunea de drept, sau câte 14 judecători din fiecare asemenea secție. Astfel, în unele situații completul de judecată poate fi format din 23 judecători, iar în alte situații din 37 judecători.

Folosind raționamentele interpretării logice, concluzia la care ajungem constă în aceea că, în ipoteza în care chestiunea de drept prezintă interes pentru două sau mai multe secții, în complet vor intra 14 judecători de la toate aceste secții, și nu câte 14 judecători de la fiecare secție. În acest fel, completul de judecată va fi compus din 23 judecători și nu 37 judecători¹⁰.

1.5. Potrivit art. 474 alin. (1) C. pr. pen., asupra cererii de recurs în interesul legii completul Înaltei Curți de Casație și Justiție se pronunță prin decizie, iar potrivit alin.3, decizia se motivează în termen de cel mult 30 zile de la pronunțare și se publică în Monitorul Oficial al României, Partea I.

În literatura juridică s-a arătat că impunerea unei astfel de celerități în materia recursului în interesul legii este dăunătoare pentru calitatea actului de justiție¹¹. Achiesăm la această opinie, având în vedere, importanța unei asemenea decizii pentru sistemul de drept, documentarea vastă și profundă care trebuie efectuată, modul convingător, clar, precis și predictibil de redactare. Pe de altă parte, trebuie să avem în vedere volumul mare de activitate al instanței supreme și complexitatea cauzelor deduse pentru soluționare. Apreciem că termenul optim pentru motivarea acestei decizii ar fi de până la trei luni.

1.6. Referitor la același text, o altă problemă discutabilă privește publicarea deciziei în Monitorul Oficial al României. Unii autori susțin că vor fi publicate numai deciziile prin care au fost admise sesizările și au fost dezlegate efectiv problemele de drept, nu și cele prin care au fost respinse cererile¹². Alți autori susțin că trebuie publicate atât deciziile admise cât și cele respinse, argumentând că, art. 474 alin. (3) prevede că decizia se publică în Monitorul Oficial, fără a distinge în funcție de soluția pronunțată asupra recursului în interesul legii¹³. Apreciem corectă această ultimă opinie, având în vedere pe de o parte, importanța cunoașterii problemelor de drept ridicate de către destinatarii legii procesual penale și în mod deosebit de către specialiștii din domeniul dreptului, mai ales că și aceste decizii de respingere au caracter obligatoriu; pe de altă urmare coroborării art. 477 alin. (2) cu art. 474 alin. (3) se constată că există precedent în sensul că unele decizii prin care s-au adoptat soluții de respingere a sesizării în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept, au fost publicate în Monitorul Oficial¹⁴.

2. Sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție în vederea pronunțării unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept este reglementată în art. 475-477¹ C. pr. pen.

⁹ I.C.C.J., *Decizia nr. XXXV din 7 mai 2007*, publicată în M. Of. nr. 764 din 12 noiembrie 2007.

¹⁰ Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de procedură penală. Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 450-451.

¹¹ M. Udriou și colaboratorii, *op. cit.*, p. 1194.

¹² C. Ghigheci, în N. Volonciu, A.S. Uzlău ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, 2014, p. 1179.

¹³ M. Udriou și colaboratorii, *op. cit.*, p. 1194.

¹⁴ I.C.C.J. Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală, *Decizia nr. 9 din 2 iunie 2014*, publicată în M. Of. nr. 497 din 3 iulie 2014.

2.1. Prin proiectul noului Cod de procedură penală s-a propus crearea unui nou mecanism pentru unificarea practicii judiciare care să contribuie, alături de recursul în interesul legii, la crearea unei jurisprudențe previzibile care să conducă la scurtarea duratei procesului penal. S-a argumentat că această procedură presupune solicitarea rezolvării de principiu a unei probleme de drept de care depinde soluționarea unei cauze, problemă de drept care nu a fost dezlegată unitar în practica instanțelor; sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție se face din oficiu sau la cererea părților, după dezbateri contradictorii și dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 475, prin încheiere, care nu este supusă nici unei căi de atac; pentru asigurarea eficacității acestui nou mecanism, decizia Înaltei Curți de Casație și Justiție, publicată în Monitorul Oficial, va avea caracter obligatoriu atât pentru instanța ce a adresat solicitarea de dezlegare a problemei de drept, cât și pentru toate celelalte instanțe¹⁵.

2.2. Potrivit art. 476 alin. 1 C. pr. pen., sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție se face de către completul de judecată după dezbateri contradictorii, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 475, prin încheiere care nu este supusă nici unei căi de atac. Dacă prin încheiere se dispune sesizarea, aceasta va cuprinde motivele care susțin admisibilitatea sesizării potrivit dispozițiilor art. 475, punctul de vedere al completului de judecată și al părților.

Problema care comportă discuții se referă la încheierea prin care se dispune respingerea sesizării. Există autori care susțin că instanța de judecată nu este obligată să motiveze încheierea de respingere a sesizării¹⁶. Însă, alți autori susțin că atât încheierile de admitere cât și cele de respingere trebuie să fie motivate¹⁷. Înclinăm spre această ultimă opinie, având în vedere prevederile art. 351 alin. (2) și (3) C. pr. pen. Astfel, în art. 351 alin. (2) se prevede că instanța este obligată să pună în discuție cererile procurorului, ale părților sau ale celorlalți subiecți procesuali și excepțiile și excepțiile ridicate de aceștia sau din oficiu și să se pronunțe asupra lor prin încheiere motivată.

De asemenea, art. 351 alin. (3) prevede că instanța se pronunță prin încheiere motivată și asupra tuturor măsurilor luate în cursul judecății.

De altfel, obligația motivării, inclusiv a încheierilor de respingere a sesizării rezultă și din practica Curții Europene a Drepturilor Omului¹⁸.

2.3. Urmare aspectelor prezentate, constatăm că procedura recursului în interesul legii și procedura dezlegării unor chestiuni de drept au un obiectiv comun și anume asigurarea unei practici judiciare unitare în materie penală, deziderat care devine realizabil prin interpretarea și aplicarea unitară a legii penale substanțiale și procesual penale de către instanțele de judecată. Dar, între aceste două instituții procedurale există și unele diferențieri, după cum urmează:

- fiecare dintre acestea au obiect diferit. Astfel, recursul în interesul legii are ca obiect hotărâri definitive din care să rezulte că anumite probleme de drept au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești. În cazul dezlegării unor chestiuni de drept obiectul procedurii constă în analiza unei probleme de aplicarea legii care decurge din desfășurarea unui proces penal. Deci această procedură are caracter preventiv, de a furniza instanțelor de judecată soluții unitare în aplicarea anumitor dispoziții legale dezlegate.

- un alt element de diferențiere decurge din faptul că procedura sesizării în vederea dezlegării unei chestiuni de drept presupune un proces penal în desfășurare, cu posibilitatea suspendării judecării în ultimul grad jurisdicțional a cauzei care a generat sesizarea instanței supreme. Deoarece încheierea de sesizare se publică pe pagina de internet a instanței supreme, există posibilitatea suspendării și a altor cauze similare aflate pe rolul instanțelor de judecată.

- din punct de vedere al titularilor, recursul în interesul legii poate fi declanșat de o categorie mai largă de subiecți activi procesuali și anume: procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție, colegiile de conducere ale Curților de Apel, Avocatul Poporului. Sesizarea Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru dezlegarea unor chestiuni de drept reprezintă un mecanism procesual din oficiu, titularii fiind limitați la completele de judecată care soluționează cauza în ultimă instanță la tribunal, curtea de apel sau Înalta Curte de Casație și Justiție. Drept consecință și sesizarea are loc prin acte procesuale diferite, respectiv cerere în cazul recursului în interesul legii și încheiere în cazul dezlegării unor chestiuni de drept.

- există diferențiere în ce privește compunerea completului de judecată competent să soluționeze aceste proceduri, în sensul că în cazul recursului în interesul legii completul de judecată este compus din mai mulți judecători.

- constatăm diferențe cu privire la efectele generate de pronunțarea unei decizii de admitere. În cazul recursului în interesul legii, decizia se pronunță exclusiv în interesul legii și nu are efecte asupra hotărârilor judecătorești examinate sau cu privire la situația părților din acele cauze. Dimpotrivă, decizia în dezlegarea unor chestiuni de drept este obligatorie pentru instanța care a sesizat Înalta Curte de Casație și Justiție, cu efecte asupra situației părților din cauza respectivă dar, în același timp, este obligatorie și pentru toate instanțele din momentul publicării în Monitorul Oficial al României¹⁹.

¹⁵ *Expunere de motive la noul Cod de procedură penală*, www.just.ro.

¹⁶ C. Ghigheci, în N. Volonciu, A.S. Uzlău ș.a., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 1184.

¹⁷ M. Udroui și colaboratorii, *op. cit.*, p. 1212.

¹⁸ CEDO, cauza Dhabî contra Italiei, *Hotărârea din 8 aprilie 2014*, www.hotararicedo.ro.

¹⁹ Ion Neagu, Mircea Damaschin, *op. cit.*, p. 461-462; M. Udroui și colaboratorii, *op. cit.*, p. 1185.

DIVERGENȚE JURISPRUDENȚIALE ALE ÎNALTEI CURȚI DE CASAȚIE ȘI JUSTIȚIE ȘI ALE CURȚII CONSTITUȚIONALE ÎN MATERIA MĂSURILOR PREVENTIVE

Jurisprudential Divergences of The High Court of Cassation and Justice and of The Constitutional Court in The Matter of Preventive Measures

Mihai MAREȘ*

Rezumat: *Jurisprudența a avut un rol însemnat în evoluția sistemului de drept, cu precădere pe tărâmul dreptului penal și cel procesual penal. Deși judecătorul nu este ținut în soluționarea unei spețe de nimic altceva, în afara de lege. Există însă anumite hotărâri ale unor instanțe care sunt obligatorii. Jurisprudența nu constituie izvor de drept, dar deciziile pronunțate de Curtea Constituțională sau Înalta Curte de Casație și Justiție în soluționarea recursurilor în interesul legii sau dezlegărilor unor chestiuni de drept au un efect aparte, fiind considerate veritabile izvoare de drept. Datorită efectelor acestor hotărâri considerăm necesară analiza jurisprudenței cu precădere cea având un impact asupra drepturilor fundamentale, adică jurisprudența privind termenele din materia măsurilor preventive.*

Cuvintele-cheie: *jurisprudență, Curtea Constituțională, măsuri preventive, termen.*

Abstract: *Jurisprudence has played an important role in the evolution of the rule of law, especially in the field of criminal law and criminal procedural law. Although the judge is not obliged when solving a case by anything other than the law. However, there are some rulings by some courts that are mandatory. Case law is not a source of law, but the decisions of the Constitutional Court or the High Court of Cassation and Justice in resolving appeals in the interest of law or loosening of legal issues have a special effect, being considered as genuine sources of law. Due to the effects of these judgments, we consider it necessary to analyze the jurisprudence, especially the one having an impact on fundamental rights, ie the case-law on deadlines in the matter of preventive measures.*

Keywords: *jurisprudence, Constitutional Court, preventive measures, term.*

I. Aspecte introductive

Jurisprudența la nivel conceptual reprezintă în mod cert un mecanism cu un rol major asupra întregului ansamblu juridic. Se susține că mecanismul jurisprudenței „a marcat istoria fenomenului juridic, definindu-i treptat componentele indispensabile”¹.

Jurisprudența însumează totalitatea soluțiilor emenate din hotărârile judecătorești pronunțate de toate instanțele de judecată, soluții prin care se interpretează și aplică normele legale raportat la situații concrete de speță. Etimologia cuvântului „jurisprudență” este alcătuită din cuvintele latine „*juris*” și „*dictio*”, care înseamnă „*pronunțare*” și „*drept*”².

În dreptul românesc, jurisprudența nu se regăsește printre izvoarele dreptului, judecătorul nefiind ținut de anumite soluții ale practicii judecătorești în momentul în care dă o hotărâre, el fiind obligat strict în aplica legea. Hotărârile judecătorești nu creează norme de drept și nu pot obliga alte persoane decât cele implicate în proces la respectarea soluției judecătorului. Rolul jurisprudenței nu este de izvor al dreptului în dreptul penal român, aceasta putând constitui doar o sursă de informare pentru corecta interpretare a legii³.

Așa cum în mod corect s-a reținut în doctrină⁴, lipsa obligației judecătorilor de a respecta alte decizii din practica judecătorească reiese și din art. 124 din Constituția României, potrivit căruia judecătorii sunt independenți și se supun numai legii, adică fără a fi legați de hotărârile pronunțate în cauze similare de alți judecători sau chiar de ei, și fără a putea stabili dispoziții generale prin care să creeze noi norme juridice, cu ocazia soluționării unei pricini.

În ultima perioadă se poate observa o așa zisă dispută jurisprudențială, cu predilecție în domeniul dreptului penal și procesual penal, între Curtea Constituțională a României și Înalta Curte de Casație și Justiție, iar această contradictorialitate se reflectă în cuprinsul soluțiilor regăsite în hotărârile celor două instituții.

* Doctor în drept procesual penal, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Avocat coordonator al S.C.P.A. „Mareș / Danilescu / Mareș” – Baroul București; e-mail: mihai.mares@mares.ro.

¹ M. Duțu, *Jurisprudența română, încotro?*, Pandectele Române, Nr. 11/2013, Ed. Wolters Kluwer, p. 11.

² T. Ionașcu, *Jurisprudența – izvor de drept*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, Nr. 3/2014, p. 31.

³ G. Antoniu (coord.), *Tratat de drept penal, volumul I, Introducere în dreptul penal. Aplicarea legii penale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 275.

⁴ *Idem*, p. 34.

Efectele deciziilor pronunțate de Curtea Constituțională au un rol diferit față de hotărârile oricărei alte instanțe de drept comun. O mare parte din doctrină consideră deciziile Curții Constituționale ca fiind veritabile izvoare de drept penal⁵. În susținerea acestei idei stă caracterul *erga omnes* al deciziilor Curții Constituționale prin care se constată neconstituționalitatea unei legi sau a unei ordonanțe, cât și aptitudinea unei de abroga o anumită normă. Prin constatarea neconstituționalității unui cuvânt sau unei sintagme care alcătuiește un text de lege, efectul deciziei Curții este de a scoate din vigoare acea normă, Parlamentul fiind obligat să pună în acord decizia cu norma legală. Datorită acestui efect abrogator al deciziilor Curții Constituționale s-a afirmat în doctrină că astfel Curtea Constituțională este un *legiutor negativ*, deciziile Curții fiind un izvor de drept penal prin efectul lor abrogativ⁶.

Pe lângă deciziile Curții Constituționale, se mai consideră ca fiind veritabile izvoare de drept penal, deciziile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în dezlegarea unor chestiuni de drept și cele în soluționarea recursului în interesul legii⁷. Considerăm ca acest caracter obligatoriu al deciziilor pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție în dezlegarea unor chestiuni de drept și cele în soluționarea recursului în interesul legii este dat chiar de către textul legal. Astfel, potrivit art. 471 alin. (1) C. pr. pen., recursul în interesul legii se formulează pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești. Privind efectele acestei hotărâri art. 474 alin. (4) C. pr. pen. menționează expres că *dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I*. Cu privire la dezlegarea unor probleme de drept art. 477 alin. (3) C. pr. pen. statuează că *dezlegarea dată chestiunilor de drept este obligatorie pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I*.

Prin aceste prevederi exprese ale Codului de procedură penală, deciziile instanței supreme în dezlegarea unei probleme de drept și soluționarea recursului în interesul legii devin un izvor de drept.

Au existat numeroase soluții ale Înalte Curți de Casație și Justiție și ale Curții Constituționale, care au avut, în principiu, menirea de a clarifica dispozițiile lacunare din Codul de procedură penală, dar în fapt au stârnit atât controverse practice, cât și doctrinare. Ne vom opri cu precădere la deciziile speță în care s-au statuat aspecte cu privire la termenele în materia măsurilor preventive, principii de o importanță majoră asupra dreptului fundamental la libertate al persoanei.

II. Clasificarea termenelor în procesul penal

În literatura de specialitate, instituția termenului a fost definită ca fiind data la care sau intervalul de timp, înăuntrul căruia ori până la care, se poate îndeplini, nu este permis a se îndeplini sau trebuie îndeplinit un act, o activitate sau o măsură procesuală, ori exercitat un drept procesual, o sancțiune ori măsură de drept penal, după caz⁸.

Termenele au multiple clasificări, analizate atent de doctrină, datorită implicațiile practice și ale efectelor lor pe tărâm procesual. O primă clasificare ar fi viza distincția dintre termenele procedurale și termenele substanțiale sau procesuale. Termenele procedurale sunt intervale de timp fixate de lege sau organul judiciar pentru a ocroti drepturi și interese ale persoanei conferite în cadrul procesului penal⁹. Pe când, termenele substanțiale reprezintă *intervale de timp determinate de lege pentru ocrotirea unor drepturi sau interese extraprocesuale, ele stabilind sau disciplinând în timp măsurile pe care organele judiciare le pot lua în ceea ce privește privarea sau restrângerea drepturilor persoanei conferite în sfera procesului penal*¹⁰.

La rândul lor, termenele procedurale se clasifică în termene de recomandare care fixează o perioadă pentru efectuarea unor acte procesuale sau procedurale determinate, iar în caz de nerespectare, nu atrag sancțiuni procesuale pentru actul neefectuat, dar pot atrage sancțiuni disciplinare sau amenda judiciară pentru persoanele care aveau obligația să îl respecte, termene peremptorii (imperative), fiind cele înăuntrul duratei cărora trebuie să fie îndeplinit sau efectuat un act, în acest fel se creează o limitare, actul trebuind efectuat înainte de împlinirea termenului, și termene prohibitive (dilatatorii), cele care nu permit îndeplinirea sau efectuarea unui act decât după expirarea duratei lor, constituind un obstacol pentru îndeplinirea unor acte procesuale sau procedurale¹¹. În materia măsurilor preventive este unanim recunoscut de doctrină că termenele care stabilesc durata măsurilor reprezintă termene substanțiale prevăzute de Codul de procedură penală, dar există numeroase controverse cu privire la natura termenelor care privesc durata în care se exercita contestarea măsurilor preventive. De menționat în materia măsurilor preventive este și că potrivit art. 271 C. pr. pen. în calculul termenelor privind măsurile preventive sau orice măsuri restrictive de drepturi, ora sau ziua de la care începe și cea la care se sfârșește termenul intră în durata acestuia.

⁵ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal, Partea generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 75.

⁶ V. Pașca, *Curs de drept penal. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 21.

⁷ F. Streteanu, D. Nițu, *op. cit.*, p. 84.

⁸ T.-V. Gheorghe, în N. Volonciu A. S. Uzlău (coord.), *Codul de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 718.

⁹ I. Neagu, M. Damaschin, *Tratat de procedură penală, Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 695.

¹⁰ T.-V. Gheorghe, în N. Volonciu A. S. Uzlău (coord.), *op. cit.*, p. 721.

¹¹ I. Neagu, M. Damaschin, *op. cit.*, p. 695.

III. Diferențe de optică jurisprudențială între Curtea Constituțională și a Înalta Curte de Casație și Justiție

În ceea ce privește măsurile preventive, termenele care au pus cele mai mari probleme cu privire la stabilirea naturii și a modului de calcul au fost termenele procedurale regresive.

Natura termenului reglementat de dispozițiile art. 235 alin. (1) C. pr. pen. care prevede că *propunerea de prelungire a arestării preventive împreună cu dosarul cauzei se depun la judecătorul de drepturi și libertăți cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea duratei arestării preventive* constituie un prim exemplu de controversă jurisprudențială. Curtea Constituțională a intervenit cu privire la acest termen de 5 zile prevăzut de art. 235 alin. (1) C. pr. pen.

Înainte ca decizia Curții Constituționale să intre în vigoare, practica instanțelor judecătorești, inclusiv a Înaltei Curți de Casație și Justiție, era în sensul considerării termenului de 5 zile, prevăzut de articolul mai sus menționat, ca fiind un termen regresiv de recomandare, încălcarea acestuia neatrăgând sancțiunea prevăzută de art. 268 alin. (1) C. pr. pen., și anume, decăderea din exercițiul drepturilor și nulitatea actului făcut peste acest termen.

Curtea Constituțională a tranșat acest mod de interpretare a textului de lege și, prin Decizia nr. 336/2015, a decis că „dispozițiile art. 235 alin. (1) din Codul de procedură penală sunt constituționale în măsura în care nerespectarea termenului „cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea duratei arestării preventive” atrage incidența art. 268 alin. (1) din Codul de procedură penală”¹², schimbând, practica majoritară.

Curtea a expus în considerente că nerespectarea termenului este de natură să cauzeze o vătămare procesuală, concretizată în încălcarea dreptului fundamental la apărare al inculpatului arestat, prin faptul că un interval mai scurt ar face insuficientă pregătirea unei apărări efective, iar intenția legiuitorului, prin redactarea dispozițiilor din codul de procedură penală, a fost aceea de a permite exercitarea acestui drept în mod real.

Ne raliem soluției autorității de jurisdicție constituțională, ea bazându-se pe o opinie conformă cu respectarea dreptului la un proces echitabil, exprimată anterior intrării în vigoare a actualei legislații procesual penale, în sensul că legiuitorul a înțeles să prevadă aceste termene pentru a da posibilitatea magistratului să cunoască dosarul cauzei, pentru a putea delibera și dispune în cunoștință de cauză cu privire la cererea de prelungire, astfel încât să fie eliminat arbitriul¹³. Remarcăm însă o inconsecvență a jurisprudenței cu privire la modalitatea de calcul al acestui termen.

Chiar dacă prin decizia Curții se clarifică situația în ceea ce privește sancțiunea ce intervine drept consecință pentru încălcarea termenului de 5 zile, problema legată de modalitatea de calcul a acestuia a rămas netranșată la nivel legislativ.

Ulterior, prin decizia dată ca recurs în interesul legii, având nr. 20/2017, Înalta Curte de Casație și Justiție a stabilit mecanismul de calcul al termenului ca fiind de regresivitate, făcând trimitere la dispozițiile art. 269 alin. (1), (2) și (4) C. pr. pen., statuând că în calculul termenului nu se includ ziua în care începe să curgă și nici ziua în care se împlinește. Făcând trimitere la decizia Curții Constituționale care a stabilit că termenul de 5 zile prevăzut de art. 235 alin. (1) C. pr. pen. are natura juridică a unui termen peremptoriu, iar nerespectarea termenului de depunere a propunerii de prelungire a arestării preventive la judecătorul de drepturi și libertăți cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea duratei arestării preventive este de natură să cauzeze o vătămare procesuală, făcând trimitere la calculul termenelor substanțiale și statuând că la calcularea acestui termen de 5 zile se pornește de la ora, ziua, luna sau anul prevăzut în actul care a provocat curgerea termenului.

Un alt termen procedural din materia măsurilor preventive ce a creat dificultăți de interpretare este cel prevăzut de art. 207 alin. (1) C. pr. pen. privind verificarea măsurilor preventive în procedura de cameră preliminară care prevede că atunci când *procurorul dispune trimiterea în judecată a inculpatului față de care s-a dispus o măsură preventivă, rechizitoriul, împreună cu dosarul cauzei, se înaintează judecătorului de cameră preliminară de la instanța competentă, cu cel puțin 5 zile înainte de expirarea duratei acesteia*.

Poziția Curții Constituționale cu privire la aceste aspecte este cel puțin bizară, deoarece deși previzibil ar fi fost să se urmeze un raționament logic și un caracter de continuitate referitor la pronunțarea deciziilor în privința unei instituții care a creat multiple dificultăți practice și de interpretare doctrinară, în mod surprinzător Curtea Constituțională a adoptat o poziție ce creează controverse.

Prin decizia nr. 276 din 2016, Curtea a respins excepția de neconstituțională privind natura acestui termen ca inadmisibilă, menționând în considerente că dispozițiile art. 207 alin. (1) sunt clare, precise și previzibile, nerespectarea termenului fiind de natură să cauzeze o vătămare procesuală, drept consecință devenind incidente dispozițiile art. 268 alin. (1) C. pr. pen., sancțiunea fiind decăderea și nulitatea actului făcut peste termen, dar respinge excepția pe fond¹⁴.

De asemenea, Curtea a constatat prin alte două decizii anterioare (Decizia nr. 145/2016 și Decizia nr. 251/2016) că termenul prevăzut de dispozițiile art. 207 alin. (1) C. pr. pen. are aceeași natură juridică cu cel prevăzut de art. 235 alin. (1), fiind un termen peremptoriu, dar în ultima decizie a făcut următoarea distincție: „spre deosebire de situația avută în vedere la pronunțarea Deciziei nr. 336/2015, – când instanța de contencios constituțional a intervenit pe

¹² C.C.R., Decizia nr. 336/2015, publicată în M. Of. nr. 342 din 19 mai 2015.

¹³ I. Neagu, *Tratat de procedură penală. Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 580-582.

¹⁴ C.C.R., par. 18 Decizia nr. 276/2016 publicată în M. Of. nr. 572 din 28 iulie 2016.

fondul unei practici judiciare cvasiunanime și de durată – aparținând inclusiv Înaltei Curți de Casație și Justiție, care a dat textului valențe neconstituționale, – în cauzele deduse judecării nu se putea vorbi de o atare interpretare a dispozițiilor de lege criticate, interpretare care să fie, în același timp, ulterioară publicării deciziei mai sus menționate”¹⁵.

Considerăm că această argumentare nu este în concordanță cu dispozițiile reglementate prin Legea nr. 47/1992 privind competența Curții Constituționale, în sensul că instanța de control constituțional își arogă competențe specifice Înaltei Curți de Casație și Justiție, prin faptul că motivează, în mod inedit, inadmisibilitatea excepției de interpretare corectă a dispozițiilor legale, deși ar fi trebuit să se mărginească doar la a califica o normă sau o interpretare a unei legi ca fiind în concordanță cu prevederile Constituției.

Mai mult, intervenția Curții în funcție de existența unei practici unitare, cvasiunitare ori divergente și pronunțarea unei soluții obligatorii de interpretare a unei norme legale este, de asemenea, contrară dispozițiilor legale de organizare și funcționare.

Înalta Curte de Casație și Justiție, prin intermediul mecanismului de unificare a practicii a posteriori a recursului în interesul legii, soluționează și clarifică opiniile divergente din jurisprudență, cu privire la instituția termenului prevăzut de dispozițiile art. 207 alin. (1) C. pr. pen., iar prin Decizia nr. 16/2018 a reaprobat raționamentul de interpretare folosit de Curtea Constituțională: „*procedura prevăzută de dispozițiile art. 207 alin. (1) din Codul de procedură penală pune în discuție imperativul respectării aceluiași dispoziții constituționale și convenționale ca cele pe care se fundamentează Decizia nr. 336 din 30 aprilie 2015, astfel că, mutatis mutandis, toate considerentele Curții Constituționale sunt incidente și în privința termenului ce face obiectul prezentei sesizări*”¹⁶.

Așadar, s-a reasigurat rațiunea pentru care a fost stabilit termenul pentru înaintarea rechizitoriului și a dosarului cauzei, și anume, aceea de a asigura respectarea dreptului fundamental la apărare al inculpatului și de a elimina arbitrarul în dispunerea menținerii măsurii preventive, termenul având natura juridică a unui termen peremptoriu, iar nerespectarea acestuia atrage decăderea din exercițiul dreptului și nulitatea actului făcut peste termen.

Cu privire la alte termene din materia măsurilor preventive, raportat la termenul prevăzut de art. 209 alin. (16) C. pr. pen. referitor la sesizarea de către procuror a judecătorului de drepturi și libertăți în vederea luării măsurii arestării preventive față de inculpatul reținut cu cel puțin 6 ore înainte de expirarea duratei reținerii acestuia, Curtea Constituțională a respins excepțiile ridicate în care s-a motivat că termenul ar fi unul imperativ.

Curtea a reținut că „*din punct de vedere temporal, în cazul soluționării propunerii de luări a măsurii arestării preventive față de inculpatul reținut, obligațiile ce incumbă procurorului și instanței judecătorești, din perspectiva criticilor de neconstituționalitate, sunt cele referitoare la sesizarea instanțelor judecătorești și la fixarea termenului de soluționare a propunerii înainte de expirarea duratei reținerii. Astfel, pronunțarea efectivă asupra propunerii luării măsurii arestării preventive față de inculpatul reținut prin admiterea sau respingerea acesteia, precum și soluționarea contestației formulate de procuror împotriva respingerii acestei propuneri poate interveni, în funcție de circumstanțele cauzei, după încetarea reținerii*”¹⁷.

Deși, în realitate, pronunțarea asupra propunerii de arestare poate avea loc după expirarea reținerii anterior dispuse, considerăm că, pentru identitate de rațiune, ar fi trebuit păstrate argumentele susținute în Decizia 336/2015, să poată fi sancționate organele judiciare (de exemplu dacă propunerea de arestare ar fi trimisă cu o oră înainte de expirarea termenului și în acest fel nu s-ar mai putea realiza o apărare efectivă) pentru depășirea acestui termen, iar actul procedural să fie lovit de nulitate. În acest fel se asigură respectarea termenelor legale a căror nerespectare ar produce o vătămare subiecților procesuali.

În ceea ce privește dispozițiile art. 213 alin. (2) C. pr. pen. care prevede că *judecătorul de drepturi și libertăți sesizat conform alin. (1) fixează termen de soluționare în camera de consiliu și dispune citarea inculpatului*”, Curtea prin decizia nr. 17/2017, apreciază că „*acestea sunt neconstituționale, deoarece nu reglementează termenul de soluționare a căii de atac împotriva măsurii preventive a controlului judiciar dispuse de procuror. Astfel se ajunge la situația în care soluționarea căii de atac intervine după încetarea măsurii controlului judiciar, ceea ce contravine exigențelor impuse de prevederile constituționale invocate*”¹⁸.

De asemenea, Curtea reține că „*din analiza tuturor situațiilor expuse anterior rezultă că singurul caz în care legiuitorul nu a reglementat un termen de soluționare a căii de atac este cel al formulării unei plângeri împotriva ordonanței procurorului prin care acesta a dispus luarea/prelungirea măsurii controlului judiciar, în cursul urmăririi penale, în toate celelalte cazuri legiuitorul precizând expres termenul de 5 zile de la înregistrarea contestației în care instanța judecătorească este obligată să se pronunțe*”¹⁹.

¹⁵ *Idem*, par. 17.

¹⁶ Î.C.C.J., Decizia nr. 16/2018.

¹⁷ C.C.R., Decizia nr. 54/2017 referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 209 alin. (16) din Codul de procedură penală.

¹⁸ C.C.R., Decizia nr. 17/2017 – excepția de neconstituționalitate a disp. art. 213 alin. (2) și art. 215¹ alin. (6) din Codul de procedură penală (admisă).

¹⁹ *Idem*.

Soluția adoptată de Curtea Constituțională potrivit căreia soluționarea plângerii împotriva ordonanței procurorului prin care s-a luat măsura controlului judiciar se face cu aplicarea prevederilor art. 204 alin. (4) C. pr. pen. este benefică bunului mers al justiției deoarece în practică s-a manifestat o nesocotire a principiilor constituționale, în sensul că soluționarea plângerii împotriva luării măsurii preventive a controlului judiciar sau a prelungirii acestei măsuri se realiza, deseori, după expirarea măsurii dispuse sau la un termen îndepărtat față de momentul luării acestei măsuri.

IV. Concluzii

În problema termenelor, care până la urmă se reduc la o resursă fundamentală în viața omului dar și în durata oricărui litigiu sau oricărei proceduri, adică la timp, jurisprudența trebuie să prezinte o coerență care să întărească caracterul previzibil al dreptului.

Exercitarea de către Curtea Constituțională a controlului în vederea realizării rolului de garant al supremației Constituției, ca lege fundamentală, și a funcției de protecție a drepturilor și libertăților fundamentale, cât și realizarea de către Înalta Curte de Casație și Justiție a uniformizării practicii instanțelor, acolo unde există loc de interpretări, sunt indispensabile pentru stabilitatea și evoluția întregului sistem de drept, acest rol major al hotărârilor celor două instanțe fiind necesar a fi transpus și în responsabilitatea considerațiilor care stau la baza pronunțării unei anumite soluții.

UNELE CONSIDERENTE PRIVIND ROLUL JURISPRUDENȚEI DIN SISTEMUL SANITAR ÎN DEZVOLTAREA NOULUI DREPT ROMÂN

Some Considerations on The Role of Jurisprudence in The Health System in Developing the New Romanian Law

Cristian POPA*, Antonia-Luciana PĂUN**

Rezumat: Dezvoltarea colectivă reprezintă o prerogativă esențială pentru apărarea sistemului de securitate socială, evoluția unui stat întărind capacitatea națiunii de a lupta contra amenințărilor generatoare de insecuritate pe toate palierele de acțiune. De aceea, securitatea sistemului sanitar trebuie să stea la baza asigurării dreptului constituțional la sănătate, ca o condiție obligatorie pentru stabilitatea socială. În contextul unei deteriorări constante a sistemului medical, slăbit în fața amenințărilor recente, modernizarea rețelei publice de sănătate constituie o cerință imperativă în evoluția statală și poate fi considerată o soluție reală pentru prevenirea riscurilor la adresa securității medicale și, implicit, a celei naționale. Astfel, se pot fundamenta bazele unor noi strategii naționale de prevenire și combatere a amenințărilor la adresa securității statale, generate de sectorul medical, prin previzionarea eventualelor vulnerabilități provocate de vidurile normative, de folosirea carului legal în interes ilicit, ori de gestionarea frauduloasă a resurselor medicale. Prin crearea unui sistem sanitar modern, centrat pe ocrotirea societății și pe interesul colectiv, securitatea medicală va contribui atât la stabilitatea statală, cât mai ales la reacția eficientă în perspectiva eventualilor factori destabilizatori.

Cuvinte-cheie: securitate națională, sistem sanitar, amenințare.

Abstract: Collective development is an essential prerogative for defending the social security system, the development of a state reinforcing the nation's ability to fight against insecurity-generating threats on all levels of action. Therefore, the security of the health system must be the basis for ensuring constitutional health law as a mandatory condition for social stability. In the context of a constant deterioration of the medical system, weakened by recent threats, the modernization of the public health network is an imperative requirement in state evolution and can be considered as a real solution for the prevention of risks to medical and, implicitly, national security. Thus, the foundations of new national strategies for preventing and combating threats to state security generated by the medical sector can be grounded, by predicting possible vulnerabilities caused by normative voids, by the use of legal channels in the illicit interest, or by the fraudulent management of medical resources. By creating a modern health care system centered on the protection of society and collective interest, health security will contribute both to state stability and especially to effective reaction in the perspective of eventual destabilizing factors.

Keywords: national security, sanitary system, threat.

Mutațiile mediului de securitate, survenite la nivel internațional, plasează securitatea medicală în categoria provocărilor securitate moderne și generează o interdependență cu domeniul sanitar. Reprezentând o componentă a securității individului, sănătatea constituie un instrument prin care se garantează funcționalitatea sistemului sanitar, prin asigurarea condițiilor medicale și de sănătate optime. Astfel, riscurile și vulnerabilitățile apărute la nivelul securității individului generează un raport cauză-efect cu privire la securitatea medicală, sens în care garantarea sănătății reprezintă o prioritate pentru securitatea individuală.

Nu putem vorbi despre un sistem sanitar eficient, fără a avea în vedere calitatea serviciilor medicale, ce reprezintă un sistem complex, racordat la nevoile sociale, a cărui funcționalitate este asigurată prin cumulul mai multor strategii: accesul neîngrădit al populației la investigații și tratament, promptitudinea acordării asistenței medicale, continuitatea actului medical indiferent de factorii destabilizatori, siguranța pacientului, profesionalismul echipei medicale și manageriale, asigurarea unor unități sanitare moderne¹.

În țara noastră, dreptul la sănătate este consfințit prin actul fundamental, care în art. 34 reglementează accesul neîngrădit la serviciile sanitare². De asemenea, prin Strategia Națională de Apărare a Țării pentru perioada 2015-2019, sectorul medical reprezintă una dintre prioritățile viitoare asumate, pe fondul provocărilor actuale la adresa securității naționale circumscrise palierului sanitar. Se remarcă imperativitatea acțiunilor necesare creșterii și eficientizării capacității de reacție a sistemului de sănătate publică în perspectiva unor situații de urgență³. În mod particular, a fost

* Cadru didactic; e-mail: ccrpopa@gmail.com.

** Expert; e-mail: antoniap82@yahoo.com.

¹ Violeta Rădulescu, „Marketingul serviciilor de sănătate”, Ed. Uranus, 2008.

² „Constituția României”; http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?den=act2_1&par1=2#t2c2s0sba34.

³ „Strategia Națională de Apărare a Țării pentru perioada 2015 □ 2019 □ O Românie puternică în Europa și în lume”, http://www.presidency.ro/files/userfiles/Strategia_Nationala_de_Aparare_a_Tarii_1.pdf.

adoptată Strategia Națională de Sănătate 2014-2020, document prin care se corelează legislația națională cu procedurile europene, cu scopul actualizării strategiilor în vederea implementării unor măsuri de modernizare a sistemului sanitar din țara noastră⁴.

Aceste reforme legislative au fost create pentru eficientizarea reglementărilor anterioare, stabilite prin Legea nr. 95/2006 (republicată)⁵, act ce tratează componentele sistemului medical din perspectivă piramidală, bazată pe statutul Ministerului Sănătății și definitivată cu elemente de configurare a segmentelor centrale aferente reconceptualizării sistemului medical național.

Toate actele normative de mai sus au la bază drepturile pacientului, stipulate în Legea nr. 46/2003 (actualizată)⁶, conform căreia eforturile statului român au fost direcționate pentru creșterea disponibilității sectorului sanitar și pentru asigurarea unor servicii de calitate destinate pacienților. În plus, urmărindu-se prioritizarea sistemului medical, în anul 2006 a fost lansat Programul pentru Protecția Infrastructurilor Critice, în urma căruia Ministerul Sănătății a fost desemnat autoritate publică în materia protecției infrastructurilor critice din domeniul sanitar⁷.

Având în vedere considerentele legislative de mai sus, putem concluziona că normele în vigoare nu numai că plasează pacientul la intersecția eforturilor statului cu cele ale cadrelor medicale, dar stabilesc și direcțiile acționale necesare sistemului medical românesc pentru atingerea obiectivelor, în interdependență cu necesitățile sociale.

Cu toate acestea, funcționalitatea sistemului sanitar românesc prezintă, în realitate, deficiențe de natură umană, managerială, financiară ori cu privire la gestionarea resurselor, survenite pe fondul unor sincope majore identificate cu privire la subfinanțarea sectorului medical, vulnerabilitate ce creează prejudicii și dezechilibre semnificative, pe fondul dependenței tratamentelor asigurate de sustenabilitatea financiară a programelor specifice⁸.

Una dintre vulnerabilitățile înregistrate de-a lungul timpului se referă la practicile ilicite derulate sistematic de cadrele medicale, factor destabilizator atât pentru sistemul medical național (prin incapacitarea implementării strategiilor specifice), cât și pentru asigurarea drepturilor beneficiarilor (prin reducerea considerabilă a FNUASS⁹). În acest sens, s-a constatat că factorii decizionali și cadrele medicale apelează, pentru atingerea scopurilor ilicite, la practici precum: raportarea de servicii fictive ori prescrierea nejustificată a unor medicamente; vicierea procedurilor de achiziții; gestionarea frauduloasă a fondurilor alocate modernizării unităților sanitare; favorizarea anumitor entități cu atribuții de control.

În consecință, prin raportarea de servicii fictive, ori prin prescrierea nejustificată a unor medicamente, s-a perpetuat un circuit ilicit, urmare a înțelegerilor informale dintre cadrele medicale și operatorii din domeniul farmaceutic, bazate pe obținerea unui profit reciproc, prin intermediul mai multor procedee, precum: prescrierea și decontarea unor medicamente către beneficiari fictivi; reintroducerea produselor în circuitul legal; returnarea produselor cadrului medical care le-a prescris pentru comercializarea acestora sub prețul pieței; reumplerea prescripțiilor medicale, de către farmacist, ulterior eliberării produselor către beneficiar; introducerea, ilegală, în stocul unităților farmaceutice, a unor produse specifice, fără acte de proveniență.

De asemenea, au fost identificate și demersuri ilicite pe componenta prescrierii de produse inovative, sub recomandarea rezultatelor superioare în tratarea diferitelor afecțiuni, situații generate pe fondul unor campanii de lobby, la nivel național, derulate de marile companii de pe piață, simultan cu atragerea în circuit a cadrelor medicale și a operatorilor farmaceutici cu scopul de a influența beneficiarii¹⁰.

Cazuri similare s-au înregistrat și cu privire la serviciile la care beneficiarii au acces, sens în care cadrele medicale au implementat fictiv în evidențe o serie de activități, precum: consultații, tratamente, îngrijiri de specialitate, spitalizări de o zi sau pe termen îndelungat, îngrijiri la domiciliu sau de natură paliativă. Demersurile au urmărit creșterea cheltuielilor medicale și, implicit, a deconturilor aferente¹¹.

În plus, se remarcă și abuzul de autoritate al cadrelor medicale specializate, care își prioritizează actul medical în cadrul cabinetelor private, în detrimentul sistemului public de sănătate, sens în care, refuzul beneficiarului de a opta pentru asistența medicală privată conduce la tergiversarea actului medical și la obstrucționarea, implicită, a dreptului la ocrotirea sănătății.

Ineficiența palierului managerial generează, așadar, sincope remanente pentru sistemul sanitar, prin instituirea unor practici, precum: costul consultației și tratamentului ori a transportului la unitatea medicală; înregistrarea unor

⁴ „Strategia Națională de Sănătate 2014-2020 – Sănătate pentru prosperitate”; <http://www.ms.ro/wp-content/uploads/2016/10/Anexa-1-Strategia-Nationala-de-Sanatare-2014-2020.pdf>.

⁵ Legea nr. 95/2006 privind reforma în domeniul sănătății (republicată); M. Of. nr. 652 din 28 august 2015.

⁶ Legea nr. 46/2003 privind drepturile pacientului; M. Of. nr. 51 din 29 ianuarie 2003.

⁷ „Protecția Infrastructurilor Critice”; <https://www.sri.ro/upload/BrosuraProtecțiaInfrastructurilorCritice.pdf>.

⁸ Marta Christina Suciu, Cristian Adrian Stan, Luciana Picioruș, Cosmin Ionuț Imbrișcă, „Sistemul de sănătate postcriză: efectele crizei economice în România”, Revista Economie teoretică și aplicată, Vol. XIX (2012), No. 5(570), p. 137; http://store.ectap.ro/articole/728_ro.pdf.

⁹ Fondul Național Unic de Asigurări Sociale de Sănătate.

¹⁰ Cătălin Lupășteanu, „Medicamente de 7 milioane de euro decontate pe spatele unor pacienți fictivi și servicii fictive de îngrijire bolnavi la domiciliu”; <https://www.libertatea.ro/stiri/medicamente-de-7-milioane-de-euro-decontate-la-pacienti-fictivi-si-servicii-de-ingrijire-bolnavi-la-domiciliu-faptele-cercetate-de-dna-la-cnas-surse-1951185>.

¹¹ „Bani pentru bolnavi închipuiți. Anchetă vizând decontarea ilegală a unor servicii medicale”; <https://www.digi24.ro/regional/digi24-timisoara/bani-pentru-bolnavi-inchipuiti-ancheta-vizand-decontarea-ilegala-a-unor-unor-servicii-medicale-267452>.

plăți informale; atitudinea refractară a cadrelor medicale la adresa sistemului public de sănătate, prin abordarea unui comportament flexibil doar în mediul privat¹².

O altă metodă ilicită, o reprezintă plățile informale acordate de către beneficiari pentru a avea acces la servicii medicale profesionale, persistență ce a condus la destabilizarea sistemului medical de stat, prin îngreunarea și limitarea liberului acces în unitățile sanitare publice. Perpetuarea constantă a practicii a poziționat țara noastră la cel mai înalt nivel privind plățile informale din Europa¹³.

Nu în ultimul rând, reprezentând un risc major la adresa securității medicale, vicierea procedurilor de achiziții poate conduce la degradarea galopantă a sistemului sanitar național, prin acordarea preferențială a contractelor, cu scopul favorizării și impunerii pe piață exclusiv a actorilor agreeați. Prin înscrierea unor condiții restrictive în cadrul procedurilor de achiziție, menite să restricționeze accesul liber pe piață al competitorilor, se creează o aparentă legalitate a procedurilor. Scopul real, urmărit de către cei implicați în asemenea practici, rezidă din: cointeresarea materială a factorilor decizionali de către entitatea economică; implicarea, prin intermediari, în activitățile derulate de către ofertant (câștigător al licitației); existența unor legături de rudenie între părțile implicate¹⁴.

În acest sens, au fost identificate două direcții acționale prin intermediul cărora se poate vicia procedura achizițiilor publice în domeniul sanitar. Într-o primă etapă este vorba despre condiționarea acordării contractelor de plata unui comision (de până la 20% din valoarea achiziției) acordat managerului unității medicale și care este acoperit din fondurile alocate entității sanitare. Cea de-a doua metodă ilicită privește fraudarea întregului proces de achiziție publică derulat la nivelul unităților medicale, prin: planificarea unor relații contractuale inutile, la prețuri supraevaluate; evitarea procedurilor de licitație publică, prin agreearea unor acte adiționale menite să fragmenteze, scriptic, achizițiile; inserarea, în cadrul caietului de sarcini, a unor condiții restrictive, cu scopul de a favoriza firmele agreeate¹⁵.

Toate aceste practici, identificate în sectorul sanitar, pot conduce la apariția unor situații de insecuritate medicală, generate de perpetuarea, pentru perioade lungi de timp, a unor acțiuni sau inacțiuni, fie ale decizionalilor din domeniu, fie din partea celor care utilizează infrastructura specifică în scop personal. Achizițiile truate din domeniul sanitar, precum și metodele prin care grupurile de interese obțin o serie de beneficii financiare în urma fraudării sistemului medical, pot genera costuri semnificative, greu surmontabile, nu numai în plan economico-financiar, cât mai ales la nivelul societății românești.

Cazul HEXI PHARMA – vulnerabilitate la adresa securității naționale

Sistemul sanitar românesc a fost puternic destabilizat în anul 2016, pe fondul declanșării crizei dezinfectanților diluați din România ca urmare a nerespectării normelor legale în materia achizițiilor publice și a utilizării în unitățile medicale a unor produse dezinfectante neconforme, comercializate pe piața românească de profil de către societatea HEXI PHARMA. Fenomenul a luat amploare după ce o parte dintre victimele incendiului din Clubul Colectiv au murit din cauza infecțiilor nosocomiale.

Conform Ordinului Ministerului Sănătății nr. 916/2006¹⁶, infecția nosocomială este definită drept infecția contactată în unitățile sanitare cu paturi. Este reprezentată de orice boală infecțioasă recunoscută clinic și/sau microbiologic ce a fost contactată pe durata spitalizării sau a derulării actului medical. Infecția poate afecta atât bolnavul, cât și personalul medical implicat în tratarea acestuia.

Anterior incidentului din Clubul Colectiv, în urma raportărilor Direcției de Sănătate Publică București, s-a stabilit că anumite produse comercializate de firma HEXI PHARMA nu respectă standardele în materie. Mai mult, în anul 2006, se constatare că anumiți dezinfectanți ai societății au constituit cauza infectării unor nou născuți într-o maternitate din județul Argeș¹⁷.

Ordinul Ministerului Sănătății nr. 216/2007¹⁸ prevede, în acest sens, că principala modalitate prin care se realizează dezinfecția în unitățile spitalicești presupune utilizarea unor procedee chimice. Un rol esențial în inhibarea dezvoltării microorganismelor îl are compoziția și concentrația biocidelor utilizate, produsul biocid fiind reprezentat de orice substanță sau amestec (în forma în care este furnizată utilizatorului) ce conține una sau mai multe substanțe

¹² „Raed Arafat vrea separarea medicinei de stat de cea privată. Consecințe pozitive și negative deopotrivă”; https://adevarul.ro/news/societate/raed-arafat-vrea-separareamedicinei-stat-cea-privata-consecinte-pozitive-negative-deopotriv-a-1_5accd8ddf52022f75ab3de6/index.html.

¹³ *Idem* 6.

¹⁴ Cristina Doboș, „Dificultăți de acces la serviciile publice de sănătate în România”, Revista Calitatea Vieții, XVII, nr. 1-2, 2006, p. 11; <http://www.revistacalitateavietii.ro/2006/CV-1-2-06/2.pdf>.

¹⁵ „Domenii de manifestare a corupției în sistemul public de sănătate din România, identificate de DNA”; <https://health.ro/domenii-de-manifestare-a-corupției-in-sistemul-public-de-sanatate-din-romania-identificate-de-dna/>.

¹⁶ Ordinul nr. 916/2006 privind aprobarea Normelor de supraveghere, prevenire și control al infecțiilor nosocomiale în unitățile sanitare; M. Of. nr. 759 din 06 septembrie 2006.

¹⁷ „Criza dezinfectanților diluați”; [https://ro.wikipedia.org/wiki/Criza_dezinfectan%C8%9Bilor_dilua%C8%9Bi_\(Rom%C3%A2nia,_2016\)](https://ro.wikipedia.org/wiki/Criza_dezinfectan%C8%9Bilor_dilua%C8%9Bi_(Rom%C3%A2nia,_2016)).

¹⁸ Ordinul nr. 261/2007 privind aprobarea Normelor tehnice privind curățarea, dezinfecția și sterilizarea în unitățile sanitare; M. Of. nr. 128 din 21 februarie 2007.

active. Are scopul de a împiedica și de a neutraliza dezvoltarea organismelor dăunătoare, de a preveni acțiunea acestora, precum și de a le controla prin modalități specifice, altele decât simpla acțiune fizică sau mecanică¹⁹.

În consecință, monitorizarea și raportarea deficitară a incidentelor infecțiilor nosocomiale în unitățile sanitare, dublate de achiziții publice dedicate, au condus la monopolizarea pieței de către societatea HEXI PHARMA, permițând utilizarea extinsă și îndelungată a unor substanțe ineficiente în cadrul procesului de igienizare. Mai mult, furnizarea de produse biocide neconforme a vulnerabilizat sistemul sanitar.

Astfel, în urma derulării unei ample anchete jurnalistice despre infecțiile nosocomiale identificate în rândul răniților din Clubul Colectiv, s-a constatat că singura verificare de conformitate a dezinfectanților comercializați de firma HEXI PHARMA era derulată de o societate aflată sub același management. Jurnaliștii de investigații au comandat testarea unor produse dezinfectante în cadrul unui laborator al Ministerului Educației, rezultatul relevând concentrații ale produselor mai mici decât cele specificate²⁰.

Continuarea anchetei a stabilit că societatea în cauză achiziționa substanța activă de la o altă firmă din străinătate, care avea, însă, același manager. Mai mult, s-a suspectat și o posibilă spălare de bani, prin intermediul unor persoane cunoscute cu background similar. Conform jurnaliștilor, sumele de bani ajunse în conturile din străinătate erau folosite în scopul mituirii decizionalilor din cadrul Ministerului Sănătății, practică în urma căreia HEXI PHARMA a beneficiat de contracte preferențiale încheiate cu statul român în urma unor licitații dedicate²¹.

Prezintă relevanță faptul că substanțele furnizate de către societatea în cauză erau vitale pentru desfășurarea actului medical, fiind folosite pentru: dezinfecții specifice; antisepsia preoperatorie; profilaxia suprainfecției plăgilor; tratamentul infecțiilor complicate; dezinfecția chirurgicală atât a personalului medical, cât și a zonelor cu risc septic din unitățile sanitare; profilaxia infecțiilor nosocomiale specifice secțiilor de neonatologie²².

S-a constatat, astfel, că folosirea unor asemenea produse specifice, neconforme standardelor substanțelor active și parametrilor eficienței biocide, au condus la dezvoltarea infecțiilor nosocomiale în cadrul unităților medicale, riscurile asociate acestor germeni putând conduce la agravarea stării de sănătate a pacienților internați, precum și a colectivității.

Gravitatea cazului a constatat în numărul mare al destinatarilor contractelor societății, în arealul de răspândire a produselor furnizate și a monopolului deținut pe piață pentru o perioadă îndelungată de timp. Practica HEXI PHARMA s-a perpetuat pe fondul existenței unui grup organizat care a permis funcționalitatea sistemului, în condiții de aparentă legalitate. În acțiunile ilicite ale societății au fost implicați: producătorul de conveniență cu distribuitorii; autoritățile ce aveau conformitatea produselor și punerea lor pe piață; instituțiile cu atribuții de control în domeniu; decizionali din cadrul unităților sanitare (managerul, directorul medical și cel economic, președintele comisiei de licitație și șeful compartimentului de achiziții, epidemiologul, asistenta șefă)²³.

În urma constatării acestor nereguli, a fost declanșată urmărirea penală, dosarul având ca obiect „zădărnicia combaterii bolilor”²⁴ prin comercializarea de produse biocide neconforme. Fiind judecat pe rolul Tribunalului București, s-a stabilit că societatea în cauză a fost un agent comercial agreeat de managerii unităților spitalicești, în perioada 2010-2016 fiind beneficiarul contractelor de achiziții pentru produsele biocide.

Valoarea ridicată a sumelor obținute în urma relațiilor comerciale a catalogat cazul drept cel mai mare act de corupție din sistemul sanitar românesc. În plus, s-a constatat vicierea masivă a procedurii de achiziție, pe fondul agreeării producătorului HEXI PHARMA ca urmare a ofertei de comercializare utilizate, în care apăreau concentrații ridicate de substanță activă specifică, sens în care, prin metodele neconcurențiale folosite, societatea în cauză a monopolizat piața de profil.

Amploarea cazului reiese și din procedura utilizată pentru validarea calității produselor respective, testele fiind efectuate de către un laborator aflat sub influența patronului HEXI PHARMA, pe baza includerii în fișele de prezentare a unor caracteristici fictive. În urma verificărilor indicatorilor nerealii, societatea a obținut avizele necesare furnizării produselor în cauză²⁵.

Cât privește reacția autorităților statului cu atribuții în domeniu, acestea au dispus măsuri specifice numai ulterior dezvoltării în spațiul public a concluziilor anchetei jurnalistice. Astfel, Ministerul Sănătății, prin instituțiile subordonate, a demarat un amplu proces de verificare și testare a conformității probelor de substanțe biocide recoltate, impunându-se stabilirea concentrației și eficienței reale a produselor comercializate de către societatea în cauză.

¹⁹ Regulamentul (UE) nr. 528/2012 al Parlamentului European și al Consiliului din 22 mai 2012 privind punerea la dispoziție pe piață și utilizarea produselor biocide; https://insp.gov.ro/sites/Biocide/public_html/Documente/Biocide/CELEX-32012R0528-RO-TXT.pdf.

²⁰ Idem 19.

²¹ „Banii lor, infecțiile noastre”; <https://www.riseproject.ro/banii-lor-infecțiile-noastre/>.

²² „Extras rechizitoriu SC HEXI PHARMA SRL BUCUREȘTI”, Ministerul Public, Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție; <https://www.activenews.ro/documente/HEXIPHARMA/Rechizitoriu%20Hexi%20Pharma%20anonimizat.pdf>.

²³ Lucian Negrea, „Dezvăluiri cutremurătoare-medicii rup tăcerea în cazul Hexi Pharma: Șpăgi imense”; https://www.stiripesurse.ro/dezvaluiri-cutremurătoare-medicii-rup-tăcerea-in-cazul-hexi-pharma-pagi-imense_1135687.html.

²⁴ Art. 352 Codul penal.

²⁵ „Infecții la suprapret”; <https://www.riseproject.ro/infectii-la-suprapret/>.

Analizele efectuate, atât la nivel național, cât și în cadrul unor laboratoare din străinătate, au concluzionat că substanțele furnizate de firma HEXI PHARMA nu corespundeau criteriilor calitative impuse de legislația în vigoare²⁶.

În consecință, pe fondul unei monitorizări precare a infecțiilor nosocomiale, ce nu au fost raportate la nivelul real de incidență, fapt care a condus la ineficiența măsurilor de combatere a manifestării acestora la nivel național, se poate afirma că practica HEXI PHARMA a evidențiat lipsa de implicare a instituțiilor sistemului sanitar, statul demonstrându-și incapacitatea gestionării eficiente a unor măsuri preventive în domeniu. Mai mult decât atât, palierele instituționale competente nu au sesizat și raportat, încă din fazele incipiente, neregulile identificare, inacțiune ce a destabilizat, pe termen lung, sistemul medical românesc, prin agrearea, tacită, a unor produse medicale neconforme standardelor calitative.

Analizat din perspectiva modului în care a prejudiciat dreptul la ocrotirea sănătății, garantat prin Constituție, cazul HEXI PHARMA poate constitui o vulnerabilitate la adresa securității naționale, în sensul afectării actului medical, precum și a efectelor negative produse la nivelul colectivității, de natură a vulnerabiliza securitatea sistemului sanitar și, implicit, pe cea a statului.

*

Culminând cu criza dezinfectanților diluați, survenită pe fondul tragediei din Clubul Colectiv, urmată de o serie de evenimente în urma cărora numeroase victime, ce au contactat infecții intraspitalicești, au decedat, până la criza bebelușilor din Argeș, sistemul sanitar românesc s-a confruntat cu numeroase probleme, a căror soluționare a necesitat reacții prompte din partea instituțiilor statului, menite să diminueze efectele destabilizatoare prezente în sistemul medical rezultate pe fondul unei legislații învechite, ce a permis utilizarea unor produse biocide neconforme, precum și ca urmare a monitorizării deficitare a infecțiilor nosocomiale ori a superficialității prevenirii și controlului acestora.

Analizând atât cauzele generale prezente în societatea românească și implicit în sistemul sanitar (precum corupția, neglijența și iresponsabilitatea managerială, lipsa de profesionalism), cât și problemele particulare ale sistemului medical (precum legislația neconformă mutațiilor actuale, organizare și management defectuos, subdimensionarea infrastructurilor specifice și a resursei umane), gestionarea infecțiilor nosocomiale a fost inclusă în categoria problemelor de securitate națională. Astfel, prin declanșarea crizei dezinfectanților, caracterizată prin complexitatea și multifactorialitatea efectelor produse, s-a impus reacția promptă și oportună la nivelul instituțiilor statale, ce au fost nevoite să coopereze eficient și intersectorial pentru stabilirea strategiilor viitoare în domeniul prevenirii manifestării unor situații similare.

În consecință, mutațiile actuale la adresa securității naționale necesită re poziționarea securității medicale, ca element strategic pentru stabilitatea statală, nu numai prin situarea individului în centrul actului medical, ci mai ales prin creșterea reacției sistemului public de sănătate în situații de urgență. În acest sens, instituțiile abilitate din domeniul sănătății vor trebui să identifice amenințările la adresa sănătății cetățenilor și să gestioneze efectele deficiențelor relevate de recente crize din sistemul sanitar românesc, în scopul elaborării de strategii, programe și planuri de acțiune bazate pe obiective clare, activități coerente, termene și responsabilități asumate.

Pornind de la vulnerabilitățile actuale identificate, asigurarea sănătății societății trebuie tratată ca o prerogativă a statului național democratic, prin care sistemul sanitar învechit să se modernizeze, devenind capabil să răspundă nevoilor de sănătate a individului. O națiune stabilă trebuie să investească în sănătate și în educația pentru sănătate, precum și într-o infrastructură modernă, adaptată evoluțiilor societății contemporane.

Amplul proces de restructurare a sistemului medical românesc este o reacție firească a unui stat modern, bazat pe realizarea, asigurarea și menținere stării de securitate națională și implicit securitate sanitară, ca parte componentă a stabilității statale. Urmărindu-se realizarea unui model medical național, centrat pe asigurarea unor standarde internaționale ridicate, instituțiile statale vor trebui să stabilească o serie de obiective și criterii pe baza cărora să fie reconsiderate palierele doctrinar-strategice și legislative, pentru proiectarea strategiilor de securitate națională în conformitate cu evoluțiile și tendințele actuale.

Concluzionând, putem afirma că provocările variate și imprevizibile, generate de complexitatea amenințărilor neconvenționale la adresa securității naționale, impun reacții rapide și constante ale mediului de securitate, context în care interesul statal se repliază constant, interesele securitare moderne vizând inclusiv securitatea sistemului sanitar.

²⁶ *Idem* 24.

INSTITUȚIA REABILITĂRII ÎN LEGISLAȚIA ȘI PRACTICA JUDICIARĂ A ULTIMELOR CINCI DECENII

Institution of Rehabilitation in The Legislation and Jurisprudence of The Last Five Decades

Sorin-Alexandru VERNEA*

Rezumat: În această lucrare, autorul realizează o succintă analiză a dispozițiilor legale privitoare la instituția reabilitării atât în Codul penal român din 1968 cât și în Codul penal român din 2009, surprinzând modul în care evoluția practicii judiciare sub imperiul legislației anterioare a condus la simplificarea reglementării actuale.

Articolul este structurat în patru părți. Prima vizează definirea și identificarea rațiunii reabilitării pornind de la lucrările de specialitate elaborate sub imperiul vechiului și actualului Cod penal. A doua și a treia parte analizează condițiile reabilitării de drept și ale reabilitării judecătorești în cele două legislații, identificând diferențele dintre reglementări și prezentând jurisprudența apreciată relevantă pentru fiecare formă a reabilitării.

Ultima parte, cu rol de concluzie, reunește considerațiile autorului privitoare la evoluția reglementării în ultimele cinci decenii și la determinarea legii penale mai favorabile în materie de reabilitare.

Cuvinte-cheie: reabilitare de drept, reabilitare judecătorească, mitior lex, legea penală mai favorabilă

Abstract: In this paper, the author briefly analyses the legal provisions regarding rehabilitation as a criminal law institution both in the Romanian Criminal Code of 1968 and in the Romanian Criminal Code of 2009, identifying the way in which the evolution of judicial practice under the old legislation simplified the actual regulation.

The article is structured in four parts. The first aims at defining and identifying the purpose of criminal rehabilitation starting from legal literature written both according to the old and the actual legislation. The second and third part analyze the conditions of *ope legis* rehabilitation and judicial rehabilitation in both legislations, pointing out the differences and the relevant practice for each form.

The last part, acting as a conclusion, reunites the authors considerations regarding the evolution of the regulation in the last five decades and the determination of the most favorable law between the provisions analyzed.

Keywords: *ope legis* rehabilitation, judicial rehabilitation, mitior lex, most favorable law

1. Literatura de specialitate¹ aferentă reglementării penale anterioare a reținut că reabilitarea este mijlocul legal de încetare a consecințelor juridice care decurg dintr-o condamnare, respectiv mijlocul prin care foștii condamnați se reintegrează, pe plan juridic, în societate.

Doctrina contemporană de drept penal² a reținut că reabilitarea face ca interdicțiile, decăderile, incapacitățile care decurg din hotărârea judecătorească de condamnare să înceteze, respectiv că reabilitare constituie mijlocul legal prin care condamnatul este reintegrat deplin în societate³.

Observăm că niciunul din autori nu indică natura juridică a reabilitării ca instituție de drept penal substanțial, considerând-o un „mijloc legal”, ori definind-o prin indicarea efectelor acesteia. Considerăm că definițiile nu sunt eronate, însă nu surprind complet natura juridică a reabilitării, instituție care conține atât o dimensiune de drept penal substanțial, cât și de drept penal procesual, dar și de natură pur morală, fiind accesibilă și urmașilor persoanei condamnate în condițiile procedurii speciale regăsite în Codul de procedură penală.

Opinăm că în reglementarea actuală reabilitarea trebuie să fie considerată o instituție de drept penal care conferă persoanei anterior condamnate ori soțului sau rudelor apropiate ale acesteia dreptul de a obține încetarea interdicțiilor, decăderilor și incapacităților rezultate din hotărârea de condamnare, pentru o cât mai bună integrare a sa în societate, ori pentru onorarea memoriei sale, cu respectarea condițiilor prevăzute de lege penală pentru dispunerea reabilitării.

Cu titlul de precizare terminologică, arătăm că prezenta lucrare analizează unele particularități ale reglementărilor de drept substanțial în materia reabilitării regăsite în Codul penal 1968⁴, adoptat la data de 21.06.1968 și intrat în vigoare la data de 01.01.1969, denumit în continuare C. pen. 1968 și în C. pen. 2009⁵, adoptat la data de 24.07.2009 și intrat în vigoare la data de 01.02.2014, denumit în continuare C. pen. 2009.

* Doctorand, Facultatea de Drept, Universitatea din București; Judecător, Judecătoria Sectorului 2 București; e-mail: wersera2005@gmail.com.

¹ R.M. Stănoiu în V. Dongoroz, S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșca, *Explicații Teoretice ale Codului penal român*, ed. a II-a, Ed. Academiei Române și Ed. All Beck, București, 2003, p. 377.

² L.V. Lefterache, *Drept penal. Parte generală, Curs pentru studenții anului II*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 474.

³ C. Mitrache în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile Noului Cod penal*, vol. II, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 485.

⁴ Legea nr. 15/1968 privind Codul penal, publicată în B. Of. nr. 79 și 79-bis/21.06.1968, cu modificările și completările ulterioare.

⁵ Legea nr. 286/2009 privind Codul penal, publicată în M. Of. nr. 510/24.07.2009, cu modificările și completările ulterioare.

În mod tradițional, legislația⁶ de drept penal împarte reabilitarea în două categorii: reabilitarea de drept și reabilitarea judecătorească. În mod firesc, pornind de la terminologie, reținem că reabilitarea de drept este considerată a opera *ope legis*, pe când reabilitarea judecătorească impune intervenția instanței de judecată.

2. În ceea ce privește reabilitarea de drept, sediul materiei pentru sfera de interes a prezentei lucrări se regăsește în prevederile art. 134 C. pen. 1968 și art. 165 C. pen. 2009. Cu titlu preliminar, observăm că actuala legislație penală nu conține un paragraf distinct referitor la condițiile reabilitării persoanei juridice, în cadrul aceluiași articol, însă, articolul 150 C. pen. 2009 reglementează expres condițiile reabilitării persoanei juridice.

Analizând condițiile concrete ale reabilitării de drept pentru persoana fizică, avem în vedere că în conformitate cu art. 134 alin. 1 C. pen. 1968, aceasta operează, de drept, în cazul condamnării la pedeapsa amenzii ori la pedeapsa închisorii care nu depășește un an, dacă în decurs de 3 ani condamnatul nu a săvârșit o nouă infracțiune.

Art. 134 alin. 2 din același act normativ stabilește că reabilitarea persoanei juridice are loc de drept, dacă, în decurs de 3 ani de la data la care pedeapsa amenzii, sau, după caz, pedeapsa complementară a fost executată sau considerată ca executată, persoana juridică nu a mai săvârșit nicio altă infracțiune.

Alături de prevederile anterior menționate, în Codul penal 1968 se regăsesc două dispoziții privitoare la reabilitarea de drept în cadrul reglementării suspendării condiționate și suspendării sub supraveghere a executării pedepsei. Astfel, conform art. 86 din legislația penală anterioară, reabilitarea de drept intervine dacă înăuntrul termenului de încercare aferent suspendării condiționate a executării pedepsei nu a fost săvârșită o nouă infracțiune și nici nu s-a pronunțat revocarea executării pedepsei în condițiile art. 83 și 84 C. pen. 1968. În mod corelativ, conform art. 86⁶ C. pen. 1968, condamnatul este reabilitat de drept dacă nu a săvârșit o nouă infracțiune înăuntrul termenului de încercare, iar suspendarea executării pedepsei nu a operat în condițiile art. 86⁴ C. pen. 1968.

În actuala legislație penală, reabilitarea de drept este reglementată de prevederile art. 165 C. pen. 2009, care stabilește că reabilitarea are loc de drept în cazul condamnării la pedeapsa amenzii, la pedeapsa închisorii care nu depășește 2 ani sau la pedeapsa închisorii a cărei executare a fost suspendată sub supraveghere, dacă în decurs de 3 ani, condamnatul nu a săvârșit o altă infracțiune.

Prevederile în discuție se completează cu art. 150 C. pen. 2009 care stabilesc condițiile reabilitării persoanei juridice. Astfel, reabilitarea va opera de drept, dacă în decurs de 3 ani de la data la care pedeapsa amenzii sau pedeapsa complementară a fost executată sau considerată ca executată, aceasta nu a mai săvârșit nicio altă infracțiune.

Analizând comparativ dispozițiile celor două legislații penale menționate, observăm că reglementarea este identică în situația condamnatului persoană juridică, însă prezintă subtile diferențe în cazul condamnatului persoană fizică. În această din urmă situație, reținem că ambele reglementări impun o condiție referitoare la pedeapsa aplicată, respectiv să fie reprezentată de amendă, închisoare de cel mult 1 an, în cazul codului anterior, sau 2 ani, în cazul legislației actuale, ori o pedeapsă cu suspendarea executării, și o condiție referitoare la conduita condamnatului, respectiv ca acesta să nu fi săvârșit o nouă infracțiune în decurs de 3 ani, iar pentru situația condamnării la o pedeapsă cu suspendarea executării sub imperiul vechii reglementări, să nu fi săvârșit o nouă infracțiune în termenul de încercare. Pentru situația suspendării executării pedepsei, apreciem că își menține actualitatea inclusiv în legislația din prezent o soluție dată de practica judiciară⁷ sub imperiul vechiului Cod penal, unde s-a reținut că reabilitarea de drept nu va interveni chiar dacă suspendarea executării nu a fost revocată deoarece infracțiunea care ar atrage revocarea a fost descoperită după expirarea termenului de încercare, deși a fost săvârșită pe durata termenului de încercare.

În practica judiciară⁸ aferentă reglementării anterioare s-a reținut că o cerere de constatare, pe cale judecătorească, a incidenței instituției reabilitării de drept este admisibilă, chiar dacă potrivit art. 12 lit. b) din Legea nr. 7/1972, condamnatul a fost scos din evidența cazierului judiciar ca urmare a reabilitării de drept. Tangențial, problema a fost soluționată printr-o decizie de îndrumare⁹ subsecventă intrării în vigoare a Codului penal 1968, în care s-a reținut că hotărârea prin care se admite o cerere de constatare a incidenței reabilitării de drept nu are caracter constitutiv de drepturi și nu schimbă natura juridică a reabilitării de drept. În privința actualității jurisprudenței evocate, apreciem că o cerere de constatare a intervenției reabilitării de drept este și în prezent admisibilă, deși în practica judiciară au existat soluții contrare¹⁰, pornind de la prevederile art. 528 alin. 1 C. pr. pen. actual. În sensul admisibilității, în practica judiciară recentă¹¹ s-a statuat că, sub aspectul dreptului substanțial, numai o instanță de judecată poate decide cu privire la aplicarea legii penale mai favorabile și nu o autoritatea administrativă, precum cea însărcinată cu evidența cazierului judiciar. În plus, prin aceeași soluție s-a reținut că persoana condamnată nu poate fi împiedicată să exercite liberul acces la justiție, garanție constituțională recunoscută în favoarea sa, pentru a cere constatarea intervenirii

⁶ Art. 165 și art. 166 din Codul penal 2009, alături de art. 134 și art. 135 din Codul penal 1968.

⁷ Tribunalul Suprem, s.p. decizia penală nr. 907/1987, în Revista Română de Drept nr. 3/1988, p. 72.

⁸ Tribunalul Județean Constanța, decizia penală nr. 599/1973, în Revista Română de Drept nr. 2/1974, p. 67.

⁹ Tribunalul Suprem, Plen, Decizia de îndrumare nr. 8/1969 cu privire la aplicarea unor dispoziții legale referitoare la reabilitare în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *Codul penal, comentariu pe articole*, ed. a II-a, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 484.

¹⁰ Tribunalul Vaslui, secția penală, sentința penală nr. 208/11.11.2015, nepublicată, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

¹¹ Curtea de Apel Iași, secția penală, decizia penală nr. 4/20.01.2016, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

reabilitării de drept. Alte instanțe¹² au apreciat că o cerere de constatare a reabilitării de drept este admisibilă numai în măsura în care urmează a se aprecia asupra aplicabilității Codului penal 1968 ori a actualului cod penal.

Opinăm în sensul jurisprudenței Curții de Apel Iași, anterior citată, și mai adăugăm faptul că ștergerea mențiunilor din cazierul judiciar nu constituie singurul efect al reabilitării, aceasta având, alături de dimensiunea formală a înlăturării decăderilor și interdicțiilor rezultate din hotărâre și o dimensiune morală, eminate personală, care justifică un interes legitim în promovarea acțiunii.

O altă chestiune de importanță practică, care a condus la soluții divergente în jurisprudența aferentă reglementării anterioare vizează și momentul la care trebuie îndeplinită condiția împlinirii termenului prevăzut de lege în cazul reabilitării de drept. Spre deosebire de o parte a practicii¹³, care arată că nu este necesară împlinirea termenului de reabilitare la momentul introducerii cererii, fiind suficient ca acesta să fie împlinit la momentul judecării sale, considerăm că îndeplinirea condiției ar trebui analizată prin raportare la momentul introducerii cererii de reabilitare. Soluția este valabilă și în actuala reglementare, dat fiind faptul că prevederea de natură procesuală care justifică soluția respingerii cererii de reabilitare în cazul în care a fost introdusă pe rolul instanței anterior împlinirii termenului, respectiv art. 532 alin. 1 lit. a) C. pr. pen. actual, este incidentă inclusiv în cazul reabilitării de drept, pe care am apreciat-o admisibilă și sub imperiul reglementării curente, după cum am arătat anterior.

Practica instanțelor de judecată în materia reabilitării de drept a condus și la soluții a căror legalitate este susceptibilă de îndoială¹⁴, respectiv constatarea intervenirii reabilitării de drept cu privire la pedeapsa mustrării aplicată, în regimul Codului penal din 1938, unui infractor minor, dacă sunt întrunite condițiile prevăzute de art. 134 C. pen. Având în vedere că în condițiile art. 109 alin. ultim din Codul penal 1968, condamnările din timpul minorității nu atrag condamnări sau decăderi, iar art. 134 C. pen. 1968 limitează condițiile în care operează reabilitarea de drept la pedeapsa amenzii sau a închisorii care nu depășește un an, apreciem soluția nelegală, întrucât cererea de reabilitare ar fi trebuit respinsă ca inadmisibilă. Opinăm că raționamentul este incident și sub imperiul actualei legislații penale, iar dispunerea față de un minor a unui pedepse privative conform vechiului Cod ori a unei măsuri educative conform noului Cod nu justifică incidența instituției reabilitării de drept, care nu poate fi aplicată decât pentru pedeapsa amenzii, a închisorii care nu depășește 2 ani, ori a închisorii pentru care s-a dispus suspendarea executării.

Deși, la prima vedere, noul Cod constituie legea penală mai favorabilă, considerăm că pot exista situații în care legislația anterioară ar fi mai favorabilă, precum în situația suspendării executării pedepsei, având în vedere că termenul de încercare este compus din cuantumul pedepsei închisorii aplicate la care se adaugă un interval de timp de 2 ani, conform art. 82 alin. 1 C. pen. 1968 ori un interval cuprins între 2 și 5 ani, conform art. 86² din același act normativ, iar la nivel ipotetic, acesta ar putea fi mai redus decât termenul de 3 ani stabilit de art. 165, raportat la art. 167 alin. 4 C. pen. 2009, care începe să curgă după împlinirea termenului de supraveghere.

Exceptând situația anterior evocată, apreciem că legea penală mai favorabilă este constituită de reglementarea actuală a instituției reabilitării de drept.

3. În privința reabilitării judecătorești, reținem că succesiunea de legi în timp a condus la modificări de importanță reală în ceea ce privește condițiile reabilitării.

Sediul materiei, în considerarea scopului prezentei lucrări, este reprezentat de art. 135-137 C. pen. 1968 și art. 166-168 C. pen. 2009.

În condițiile art. 135 C. pen. 1968, reabilitarea judecătorească putea fi dispusă a) în cazul condamnării la pedeapsa închisorii mai mare de un an până la 5 ani, după trecerea unui termen de 4 ani, la care se adaugă jumătate din durata pedepsei pronunțate, b) în cazul condamnării la pedeapsa închisorii mai mare de 5 ani până la 10 ani, după trecerea unui termen de 5 ani, la care se adaugă jumătate din durata pedepsei pronunțate, c) în cazul condamnării la pedeapsa închisorii mai mare de 10 ani, după trecerea unui termen de 7 ani, la care se adaugă jumătate din durata pedepsei pronunțate și d) în cazul pedepsei detențiunii pe viață comutate sau înlocuite cu pedeapsa închisorii, după trecerea unui termen de 7 ani, la care se adaugă jumătate din durata pedepsei cu închisoare.

Alineatul 2 al aceluiași articol prevedea posibilitatea reducerii termenelor de reabilitare anterior indicate, în cazuri excepționale, de Procurorul general.

Art. 166 C. pen. 2009 păstrează termenele fixe, însă înlătură necesitatea cumulării a jumătate din durata pedepsei pronunțate, astfel încât termenul de reabilitare din legislația actuală este mai redus, cea din urmă fiind legea penală mai favorabilă.

Mai reținem că a fost înlăturată posibilitatea Procurorului general de a reduce termenele de reabilitare, recunoscută de vechea reglementare, soluție care nu a generat o practică judiciară relevantă nici sub imperiul vechiului cod.

¹² Tribunalul București, secția I penală, decizia penală nr. 981/04.09.2018, nepublicată, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

¹³ Tribunalul București, secția a II-a penală, decizia penală nr. 262/01.04.1996, în Șt. Crișu, E.D. Crișu, *Codul penal adnotat cu practică judiciară 1989-1999*, Ed. Argessis Print, Curtea de Argeș, 1999, p. 364.

¹⁴ Judecătoria Râmnicu Sărat, sentința penală nr. 728/1970, în *Revista Română de Drept* nr. 9/1971, p. 151.

Legislația actuală conține un criteriu de analiză al comportamentului condamnatului decedat anterior împlinirii termenului de reabilitare, fiind prevăzut faptul că instanța va evalua comportamentul acestuia până la momentul decesului, în analiza cererii pe fond, conform art. 166 alin. 2 C. pen. 2009.

Reținem că această prevedere este rezultatul evoluției jurisprudențiale divergente în privința condițiilor de reabilitare ale persoanei decedate anterior împlinirii termenului de reabilitare stipulat de lege. Astfel, într-o practică majoritară¹⁵, bazată pe interpretarea formală a textului de lege, s-a reținut că nu este posibilă admiterea cererii de reabilitare formulate de soția sau rudele condamnatului decedat dacă acesta nu a îndeplinit condițiile reabilitării până în momentul decesului.

Altă parte a practicii¹⁶ a considerat că moartea condamnatului este o cauză de înlăturare a executării pedepsei în mod natural, prin firea lucrurilor, chiar dacă legea penală nu o prevede ca atare, astfel încât, în mod logic, se impune concluzia că intervenirea decesului condamnatului înlătură și incidența condițiilor de fond prevăzute de art. 137 alin. 1 lit. b) și c) C. pen. 1968, a căror realizare a devenit, practic, imposibilă.

După cum este și firesc, ne raliem acestei din urmă orientări a practicii judiciare, o persoană decedată nefiind susceptibilă de desfășurarea unor activități care să contravină bunei conduite.

Considerăm criticabilă terminologia utilizată de legiuitorul actual, în art. 166 alin. 2 C. pen. 2009, respectiv condamnatul poate fi reabilitat, dacă, instanța, analizând comportamentul său până la momentul decesului „apreciază că merită acest beneficiu”. În primul rând, reabilitarea constituie o cauză care înlătură consecințele condamnării, și nu un beneficiu lăsat la aprecierea judecătorului, iar în fizionomia instituțională specifică actualului cod penal, apreciem că instanța este lipsită de o marjă de apreciere în evaluarea oportunității dispunerii reabilitării atât timp cât sunt îndeplinite condițiile impuse de lege, respectiv omisiunea săvârșirii unei infracțiuni și achitarea cheltuielilor de judecată și a obligațiilor civile, cu circumstanțierea realizată de prevederile art. 168 lit. b) C. pen. 2009.

În al doilea rând, textul de lege criticat conferă, la prima vedere, o posibilitate reală instanței de a aprecia că persoana condamnată „nu merită” acest beneficiu, deși în perioada vieții nu a mai săvârșit o nouă infracțiune, însă a decedat anterior împlinirii termenului prevăzut de art. 166 C. pen. 2009, fapt care nu poate fi reținut ca și conduită conștientă a condamnatului și, eventual, susceptibilă de a-i agrava situația, atât timp cât altei persoane, condamnate la o pedeapsă de aceeași durată, pentru o faptă identică, nu i se poate refuza acordarea reabilitării judecătorești dacă nu a săvârșit o altă infracțiune în termenul împlinit prevăzut de art. 166 C. pen. 2009.

Considerăm că formularea criticată ar fi fost relevantă dacă s-ar fi menținut și în legislația actuală condiția bunei conduite prevăzute de art. 137 alin. 1 lit. c) C. pen. 1968, însă în lipsa unei asemenea cerințe în actuala reglementare considerăm că textul art. 166 alin. 2 C. pen. 2009 ar trebui modificat prin înlocuirea sintagmei „apreciază că merită acest beneficiu” cu „apreciază că sunt îndeplinite celelalte condiții pentru admiterea cererii”.

În ceea ce privește condițiile reabilitării judecătorești, reținem că acestea au fost restrânse ca efect al succesiunii de legi penale în timp. Astfel, deși art. 137 alin. 1 C. pen. 1968 prevede patru condiții cumulative, numai două dintre acestea se regăsesc în dispozițiile art. 168 C. pen. 2009.

Observăm că s-a renunțat la condiția asigurării de către condamnat a existenței prin muncă ori prin alte mijloace oneste, precum și atunci când acesta are vârsta necesară pentru a fi pensionat ori este incapabil de muncă și la condiția bunei conduite a condamnatului până la judecarea cererii de reabilitare. Reținem că dispariția acestor prevederi constituie o actualizare justificată a legislației penale, atât timp cât evaluarea îndeplinirii condițiilor menționate presupunea un grad ridicat de apreciere din partea judecătorului investit cu soluționarea cererii de reabilitare, iar stabilirea bunei conduite, fără indicarea unor criterii de apreciere, nu se bucura de precizia inherentă unei norme penale.

În practica judiciară aferentă Codului penal anterior¹⁷ s-a reținut că pentru a se aprecia asupra îndeplinirii condiției prevăzute de art. 137 lit. c) C. pen. 1968 este necesar să se examineze comportarea condamnatului la locul de muncă și în societate pe toată durata de timp, de la executarea pedepsei și până la soluționarea cererii de reabilitare. Dacă acesta nu a avut un comportament corespunzător, respectiv nu s-a încadrat în regulile de conviețuire socială, condiția nu poate fi considerată îndeplinită, chiar dacă abaterile nu iau forma unei infracțiuni.

Acest grad ridicat de apreciere al judecătorului a condus și la interpretări excesive, temperate de instanțele de control judiciar, astfel, în practica Tribunalului Suprem¹⁸ s-a reținut că cererea de reabilitare nu poate fi respinsă pentru motivul că petiționarul nu s-a evidențiat în munca prestată. În egală măsură, într-o altă decizie de speță, aceeași instanță¹⁹ a reținut că dacă sunt îndeplinite condițiile de fond și formă, cererea de reabilitare nu poate fi respinsă cu motivarea că infracțiunea ce a format obiectul condamnării petiționarului prezintă un caracter deosebit de grav, o

¹⁵ Tribunalul Suprem, secția penală, decizia penală nr. 96/1973 în Revista Română de Drept nr. 3/1974, p. 151 și Tribunalul Suprem, secția penală, decizia penală nr. 103/1975 în Revista Română de Drept nr. 6/1976, p. 53.

¹⁶ Tribunalul Județean Suceava, decizia penală nr. 54/1985 în Revista Română de Drept nr. 1/1987, p. 55.

¹⁷ Tribunalul Suprem, secția penală, decizia penală nr. 535/1973, în C. Sima, *Codul penal adnotat cu practică judiciară 1969-2000*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 398.

¹⁸ Tribunalul Suprem, secția penală, decizia penală nr. 3725/1971, în Revista Română de Drept nr. 3/1972, p. 166.

¹⁹ Tribunalul Suprem, secția penală, decizia penală nr. 2876/1971, în Revista Română de Drept nr. 1/1971, p. 150.

asemenea soluție fiind lipsită de suport legal, atât timp cât instanța nu este chemată să aprecieze, suplimentar, și asupra oportunității reabilitării judecătorești.

Apreciem că renunțarea la condiția bunei conduite a fost determinată și de modificarea condiției prevăzute de art. 137 alin. 1 lit. a) C. pen. 1968, referitoare la inexistența unei noi condamnări în interiorul termenului de reabilitare, în varianta prevăzută de art. 168 lit. a) C. pen. 2009, privind lipsa săvârșirii unei alte infracțiuni în interiorul termenului de reabilitare.

Deși reținem că s-a procedat la unificarea terminologiei utilizate în privința reabilitării de drept și a reabilitării judecătorești, reținem că nu suntem în prezența unor sintagme echivalente între vechea și actuala reglementare. Astfel, prin „săvârșirea unei infracțiuni” legiuitorul a urmărit să extindă condiția anterioară a inexistenței unei condamnări, cu atât mai mult cu cât noua legislație penală conține o serie de soluții care au ca fundament săvârșirea unei infracțiuni, însă soluția pronunțată nu este de condamnare, ci de renunțare sau amânare a aplicării pedepsei.

Mai avem în vedere că noua formă a acestei condiții presupune un nivel superior de exigență a legiuitorului penal, întrucât săvârșirea unei infracțiuni în termenul de reabilitare, chiar urmată de amnistierea acesteia, împiedică admiterea cererii de reabilitare pentru nerespectarea condiției prevăzute de art. 168 lit. a) C. pen. 2009, iar sub imperiul vechii reglementări ar fi condus la aceeași soluție, însă pentru nerespectarea condiției prevăzute de art. 137 alin. 1 lit. c) C. pen. 1968.

Cea de-a doua condiție a reabilitării judecătorești vizează achitarea integrală a cheltuielilor de judecată și a obligațiilor civile stabilite prin hotărârea de condamnare. În legislația anterioară s-a reținut posibilitatea dispunerii reabilitării și în situația în care neîndeplinirea condiției nu este datorată relei voințe a condamnatului²⁰, iar respectiva condiție a fost ușor modificată în legislația actuală, reabilitarea putând fi dispusă și în situația în care cel condamnat dovedește că nu a avut posibilitatea să le îndeplinească²¹.

Deși literatura de specialitate²² apreciază că modificarea legislativă constituie o reformulare a condiției din legea anterioară fără o însemnătate deosebită, apreciem că suntem în prezența unei diferențe de natură calitativă între textele de lege.

Astfel, în privința reglementării anterioare, practica judiciară²³ a reținut că reabilitarea judecătorească poate fi dispusă chiar dacă cel condamnat nu a făcut dovada achitării cheltuielilor judiciare către stat, dacă este de bună credință, iar în materia îndeplinirii obligațiilor civile, buna credință se prezumă. În acest fel, proba bunei credințe este efectul prezumției *ex bona fide*, condamnatul fiind scutit să probeze în altă manieră imposibilitatea achitării cheltuielilor de judecată. Deși apreciem această soluție discutabilă, considerăm că se întemeiază pe textul art. 137 alin. 2 C. pen. 1968. O asemenea soluție nu ar mai putea fi posibilă în privința actualei reglementări, deoarece aceasta impune condamnatului obligația de a dovedi că a fost în imposibilitate de a le îndeplini.

Considerăm că se impune efectuarea unei distincții pornind de la cele două obligații cuprinse în prevederile art. 168 alin. 1 lit. b), respectiv achitarea cheltuielilor de judecată și îndeplinirea obligațiilor civile stabilite prin hotărârea de condamnare.

Atât timp cât achitarea cheltuielilor de judecată are natura unei obligații născute din hotărârea pusă în executare în sarcina condamnatului, apreciem că nu se va putea reține natura eminent civilă a acesteia, chiar dacă are un conținut patrimonial. După aprecierea noastră, achitarea cheltuielilor de judecată constituie o conformare a condamnatului la dispozițiile instanței care a aplicat pedeapsa, nicidecum o despăgubire civilă a societății pentru costurile procedurii judiciare suportate de stat.

Astfel, cauza de exonerare de obligația achitării cheltuielilor de judecată prevăzută de art. 168 lit. b) C. pen. 2009, când cel condamnat dovedește că nu a avut posibilitatea să le îndeplinească, vizează situația în care cel condamnat a fost în imposibilitatea patrimonială de a achita obligația stabilită în sarcina sa cu acest titlu. Apreciem că actuala reglementare pune o problemă reală de probatoriu în privința dovedirii imposibilității îndeplinirii acestei obligații, deoarece aceasta nu poate fi asimilată cu lipsa unor venituri constante ori cu lipsa unor bunuri în patrimoniul persoanei condamnate, atât timp cât asigurarea existenței unei persoane și a familiei acesteia nu poate fi analizată decât în concret și prin raportare la standardul de viață real al respectivei familii, apreciere care poate scăpa și judecătorului cauzei în considerarea diferențelor inerente diversității sociale și umane.

Opinăm că reformularea cauzei de exonerare de obligația achitării cheltuielilor de judecată regăsită în art. 168 lit. b) C. pen. 2009 constituie o variantă deficitară a prevederii art. 137 alin. 2 C. pen. 1968, care, așa cum am arătat, era susceptibilă de aplicare în considerarea prezumției de bună credință.

Având în vedere rațiunile din spatele textului de lege, considerăm că și în actuala reglementare interpretarea corectă vizează admiterea cererii de reabilitare atât timp cât se poate reține că prezumția de bună credință a condamnatului în executarea obligației de plată a cheltuielilor de judecată nu a fost răsturnată, iar veniturile ori

²⁰ Conform art. 137 alin. 2 C. pen. 1968.

²¹ Conform art. 168 lit. b) C. pen. 2009.

²² G. Bodoronea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *op. cit.*, p. 490.

²³ Tribunalul București, secția a II-a penală, decizia penală nr. 390/14.05.1996, în Șt. Crișu, E.D. Crișu, *op. cit.*, p. 372.

activele sale până la momentul formulării cererii de reabilitare nu sunt disproporționate față de standardul de viață al său și al familiei sale.

În ceea ce privește îndeplinirea obligațiilor civile stabilite prin hotărârea de condamnare, reținem că natura civilă a acestor obligații este stipulată expres chiar de legea penală. Considerăm că interesul apărut de legiuitor în redactarea acestei condiții a reabilitării judecătorești nu este, însă, unul privat, ci unul public, întrucât reabilitarea unei persoane constituie un drept al condamnatului, în vederea reintegrării sale în societate, în condiții optime pentru desfășurarea raporturilor de conviețuire socială și nicidecum un mijloc de a determina îndeplinirea obligațiilor civile în favoarea părții civile din hotărârea de condamnare.

Practica judiciară recentă²⁴ a reținut că nu poate fi avută în vedere susținerea persoanei condamnate care a arătat că a avut venituri modeste ulterior liberării sale, întrucât deși suma datorată este de aproximativ 540.000 lei, nu a data dovadă de bună credință în sensul că nu a achitat nici parțial despăgubirile civile la care fusese obligată. Apreciem că instanța a făcut, în mod corect, o analiză a existenței bunei credințe a condamnatului pentru a determina dacă aceasta a avut în mod real posibilitatea de a achita despăgubirile civile, deși textul art. 168 lit. b) C. pen. 2009 nu conține o asemenea obligație. O altă parte a practicii²⁵ a considerat că imposibilitatea îndeplinirii obligațiilor civile vizează o imposibilitate obiectivă, precum schimbarea adreselor persoanelor în beneficiul cărora s-au stabilit respectivele obligații civile, condamnatul nefiind în măsură să le identifice pentru îndeplinirea obligațiilor. Apreciem că nu acesta a fost sensul avut în vedere de legiuitor la edictarea normei în discuție, însă interpretarea dată de instanță se încadrează în textul de lege. Suplimentar, apreciem că ar fi trebuit ca petentul să facă dovada unor demersuri eșuate pentru identificarea părților civile, întrucât simpla schimbare a adresei de domiciliu a acestora nu echivalează cu o imposibilitate obiectivă de îndeplinirea a obligațiilor.

Cu atât mai mult, apreciem că executarea obligațiilor civile, fie de bunăvoie, fie prin executare silită constituie o modalitate concretă de îndeplinire a acestei obligații, întrucât legea penală nu distinge în privința aspectului în discuție.

O altă parte a practicii judiciare²⁶, în mod justificat a admis o cerere de reabilitare judecătorească în condițiile în care petentul nu făcuse dovada achitării despăgubirilor civile în quantum de 262,25 lei, către partea civilă IUTM București, instituție inexistentă la momentul judecării cererii de reabilitare, motivând că a pierdut chitanța eliberată în anul 1989. Instanța a reținut că susținerile petentului privind pierderea chitanței pot fi puse la îndoială, o asemenea apărare fiind accesibilă oricărei persoane care formulează o cerere de reabilitare, însă, chiar și în această situație, suma la care petentul a fost obligat este infimă, entitatea creditoare nu mai există în prezent, fiind imposibilă o eventuală executare, la acest moment, a obligației de plată, iar petentul este integrat deplin în societate după eliberarea din penitenciar.

Apreciem corectă motivarea instanței, în special în considerarea timpului trecut de la momentul pretensei plăți, dar și a imposibilității obiective a îndeplinirii obligațiilor civile în prezent, în condițiile desființării entității creditoare.

Astfel, executarea obligațiilor civile stabilite prin hotărârea de condamnare constituie o manieră de conformare a condamnatului cu dispozițiile instanței, însă în privința analizei condițiilor reabilitării, această obligație operează *in personam*, doar pentru persoana condamnatului, relevantă fiind atitudinea subiectivă de înțelegere și asumare a hotărârii de condamnare, inclusiv pe latură civilă, nefiind o obligație civilă de drept privat susceptibilă de a fi transmisă succesorilor persoanei condamnate.

Aplicând textul art. 168 lit. b) C. pen. 2009 pentru situația în care persoana condamnată a decedat ulterior împlinirii termenului de reabilitare, considerăm că inclusiv rudele acesteia, cu legitimare procesuală pentru introducerea cererii de reabilitare judecătorească, pot face dovada că persoana condamnată nu a avut posibilitatea să îndeplinească obligațiile civile puse în sarcina sa, beneficiu recunoscut de lege persoanei condamnate, însă, după aprecierea noastră, nu pot fi ținute să îndeplinească obligațiile civile în numele persoanei decedate.

O altă cauză aptă să conducă la admiterea cererii de reabilitare și fără îndeplinirea acestor obligații civile este reprezentată de situația în care partea civilă a renunțat la despăgubiri. Practica judiciară²⁷ aferentă legislației anterioare a statuat că nu poate fi admisă cererea condamnatului care se prevalează de faptul că partea civilă a renunțat în mod implicit la pretențiile sale prin omisiunea de a pune în executare hotărârea în privința laturii civile, întrucât renunțarea părții civile trebuie să fie expresă și nu poate rezulta, de pildă, din împlinirea termenului de prescripție extinctivă regăsit în Decretul nr. 167/1958. Considerăm că decizia își menține valabilitatea și în actuala reglementare.

4. Însumând considerațiile anterior expuse, reținem că instituția reabilitării a suferit o modificare relativ subtilă în legislația română din ultimele cinci decenii. Odată cu intrarea în vigoare a Codului penal 1968, aceasta a dobândit

²⁴ Judecătoria Sectorului 4 București, secția penală, sentința penală nr. 3919/14.12.2018, definitivă prin decizia penală nr. 90/C/25.01.2019 a Tribunalului București, secția I penală, nepublicată, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

²⁵ Tribunalul București, secția I penală, decizia penală nr. 1288/C/20.11.2018, nepublicată, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

²⁶ Judecătoria Sectorului 1 București, secția penală, sentința penală nr. 779/28.11.2018, nepublicată, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

²⁷ Tribunalul București, secția a II-a penală, decizia penală nr. 1066/1992 în G. Bodoroncea, V. Cioclei, I. Kuglay, L.V. Lefterache, T. Manea, I. Nedelcu, F.M. Vasile, *op. cit.*, p. 490.

statutul de drept al persoanei condamnate, care a dovedit că a înțeles rolul aplicării pedepsei și s-a conformat, în măsura posibilităților sale reale, dispozițiilor din hotărârea de condamnare. La momentul intrării în vigoare a Codului penal 2009, instituția reabilitării a cunoscut o simplificare a condițiilor prevăzute de lege pentru acordarea sa, fiind extinsă sfera de aplicare a reabilitării de drept și reduse cerințele reabilitării judecătorești, iar acest fapt a limitat marja de apreciere a judecătorului la momentul pronunțării unei soluții în cadrul acestei proceduri.

În privința reabilitării de drept, așa cum am arătat, considerăm, de principiu, că actualul Cod penal constituie legea penală mai favorabilă, susceptibilă de a fi aplicată cu atât mai mult cu cât noua lege prevede limite reduse de pedeapsă pentru infracțiunile incriminate în partea specială, alături de acoperirea unei arii mai largi de condamnări decât legislația anterioară.

În ceea ce privește reabilitarea judecătorească, observăm că legea nouă este mai favorabilă, atât în considerarea limitelor de pedeapsă, fapt ce poate conduce la aplicarea obligatorie a legii penale mai favorabile faptelor definitiv judecate în condițiile art. 6 C. pen. 2009, cât și a termenelor de reabilitare, stabilite la o valoare fixă, la care nu se mai cumulează o fracție din pedeapsa aplicată, cât și în privința reducerii condițiilor în care se poate dispune.

În mod paradoxal, o parte a practicii judiciare²⁸ a reținut că legea penală mai favorabilă este cea reținută de instanța investită cu judecarea fondului cauzei, urmând ca aceasta să fie aplicată și în ceea ce privește procedura reabilitării, deoarece în caz contrar s-ar ajunge la o *lex tertia*, iar instanța ar pronunța o hotărâre nelegală. Considerăm această soluție excesivă, dat fiind faptul că reabilitarea presupune existența unei noi proceduri judiciare, susceptibilă de a atrage analiza legii penale mai favorabile în condițiile art. 5 C. pen. 2009, aceasta fiind și orientarea jurisprudențială majoritară²⁹.

Deși am arătat că este binevenită reglementarea situației condamnatului decedat anterior împlinirii termenului de reabilitare, ca efect al unei jurisprudențe divergente sub imperiul vechiului cod, considerăm că terminologia utilizată de legiuitor în art. 166 alin. 2 C. pen. 2009 este criticabilă, sens în care am formulat o propunere *de lege ferenda*, constând în înlocuirea sintagmei „apreciază că merită acest beneficiu” cu „apreciază că sunt îndeplinite celelalte condiții pentru admiterea cererii”.

După cum am menționat în conținutul celei de-a treia părți, textul art. 168 lit. b) C. pen. 2009, constituie o reformulare deficitară a prevederii art. 137 alin. 2 C. pen. 1968, însă judecând după rațiunile legiuitorului, apreciem că acest neajuns al redactării ar putea fi depășit fără dificultăți dacă este înțeles sensul și natura obligațiilor a căror îndeplinire este impusă de textul de lege în discuție.

Mai considerăm că o interpretare strict civilă a sensului obligațiilor impuse prin hotărârea de condamnare ar excede complet rațiunii legiuitorului penal și ar deturna instituția reabilitării de la scopul său concret, respectiv reintegrarea socială a persoanelor condamnate.

²⁸ Tribunalul București, secția I penală, decizia penală nr. 1166/C/22.10.2018, nepublicată, consultată la mapa de hotărâri a instanței.

²⁹ Tribunalul București, secția I penală, decizia penală nr. 1366/C/10.12.2018 și decizia penală nr. 972/C/31.08.2018, ambele decizii nepublicate, consultate la mapa de hotărâri a instanței.

JURISPRUDENȚA CU VALOARE DE LEGE PENALĂ

Jurisprudence With Value of Criminal Law

Mihaela AGHENITEI*, Luiza Tatiana PRICOP**

Rezumat: *Teoriile cu privire la principiile juridice și conceptul de drepturi, postmodernism, hermeneutică, topică, drept și sociologie, drept și antropologie, studii critice juridice, jurisprudență analitică, teoria juridică marxistă, postmarxism, utilitarism, teoria pură a dreptului, Jurisprudența, Jurisprudența Experimentală, Dreptul și Logica, Dreptul și Economia, Dreptul și Informatica, Teoriile Agentului, Logica Deontică și Jurisprudența terapeutică sunt abundente și cu toate că unele dintre aceste activități sunt adesea de natură istorică, multe dintre acestea par a fi vitale și sunt folosite în diferite grade ca puncte de referință în dezbaterile actuală privind natura și obiectivul jurisprudenței.*

În țara noastră, deciziile în interesul legii ca formă a jurisprudenței actuale, pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție, au caracter obligatoriu. Astfel, conform art. 474 alin. (4) C. pr. pen.: „Dezlegarea dată problemelor de drept judecate este obligatorie pentru instanțe de la data publicării deciziei în Monitorul Oficial al României, Partea I”.

De asemenea, în ceea ce privește deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție, pronunțate de Completul pentru dezlegarea unor probleme de drept în materie penală, legiuitorul prevede expres caracterul obligatoriu al acestora. Astfel, conform art. 477 alin. (3) Cod procedură penală, ceea ce le conferă putere de lege.

Cuvinte-cheie: *jurisprudență, obligativitate, motivare, Înalta Curte de Casație și Justiție*

Abstract: *Theory of Legal Principles and Concept of Law, Postmodernism, Hermeneutics, Topic, Law and Sociology, Law and Anthropology, Critical Legal Studies, Analytical Practice, Marxist Legal, Postmarxism, Utility, Pure Theory of Law, Jurisprudence, Experimental Jurisprudence, Law and Logic, Law and Economics, Law and Informatics, Agent Theory, Deontology Logic, and Therapeutic Case are abundant, and although some of these activities are often of historical nature, many seem to be vital and are used in varying degrees as points reference in the current debate on the nature and purpose of the case-law.*

In our country, the judgment of the Court of Cassation and Justice, issued by the Supreme Court of Justice, is binding. Thus, according to art. 474 par. (4) Code of Criminal Procedure.

Also, with regard to the decisions of the High Court of Cassation and Justice, delivered by the Criminal Law Enforcement Committee, the legislator provides for the mandatory character of these. Thus, according to art. 477 par. (3) C. Proc. „The separation of the legal issues is mandatory for the courts from the date of publication of the decision in the Official Gazette of Romania, Part I”, which gives them the power of law.

Keywords: *jurisprudence, compulsory, motivation, High Court of Cassation and Justice*

O discuție despre scopul și utilitatea operelor de jurisprudență ar trebui să pornească de la o presupunere destul de bine articulată cu privire la natura jurisprudenței. Sarcina devine apoi imediat complicată. Jurisprudența este un fenomen cu multiple fațete și devine evident, pe baza analizei componentelor sale, că lucrările prezentate în jurisprudența etichetelor sunt foarte mult o pungă mixtă.

În afară de studiile tradiționale privind aspectele juridice de fond – adică studiile de dogmatică juridică – există un număr mare de subdomenii. Este de remarcat, de asemenea, că școli teoretice mai mult sau mai puțin cunoscute produc rezultate variate.

Printre aceste contribuții se întemeiază o serie de teorii privind legea naturală și mai multe sisteme de reguli religioase. Există, de asemenea, mai multe așa-numite școli de gândire realiste, cum ar fi Realismul juridic american, Scepticii de reguli, Realismul juridic scandinav și Școala de gândire juridică din Uppsala. Încă alte teorii pozitivistice au fost elaborate sub etichetele Positivismul Clasic, Pozitivismul Ideologic, Pozitivismul Sociologic, Pozitivismul Modificat, Pozitivismul Logic și Conceptualismul Legal. În plus, teorii cu privire la principiile juridice și conceptul de drepturi, postmodernism, hermeneutică, topică, drept și sociologie, drept și antropologie, studii critice juridice, jurisprudență analitică, teoria juridică marxistă, postmarxism, utilitarism, teoria pură a dreptului, Jurisprudența, Jurisprudența Experimentală, Dreptul și Logica, Dreptul și Economia, Dreptul și Informatica, Teoriile Agentului,

* Lect. univ. dr., Facultatea de Drept, Universitatea „Dunărea de Jos”, Galați; Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; e-mail: maghenitei@gmail.com.

** Consilier juridic, ADR Regiunea Sud-Est; e-mail: luiza21p@yahoo.com.

Logica Deontică și Jurisprudența terapeutică sunt abundente¹. Cu toate că unele dintre aceste activități sunt adesea de natură istorică, multe dintre acestea par a fi vitale și sunt folosite în diferite grade ca puncte de referință în dezbaterile actuală privind natura și obiectivul jurisprudenței.

O perspectivă istorică ilustrează, de asemenea, faptul că este important să se facă distincția între, printre altele, altele, Școala istorică din Germania, Freirechtschule, legea canonică și Pandektenwissenschaft². O privire de ansamblu asupra jurisprudenței ne reamintește că multe sisteme juridice, precum și teorii ale legii reflectă diferențe importante la nivel național și jurisdicțional.

Imaginea este complicată în continuare de faptul că o mare parte a jurisprudenței pare să se întemeieze pe interpretarea lucrărilor contribuabililor individuali. Astfel, un învățat competent al jurisprudenței ar trebui să fie familiarizat cu contribuțiile, printre altele, Dworkin, Hart, Hägerström, Kelsen, Rawls și von Savigny.

O enumerare a teoriilor jurisprudențiale poate fi, fără îndoială, făcută mult mai mult. Însă nu intenționăm să prezentăm o enciclopedie completă a jurisprudenței, doar pentru a ilustra faptul că jurisprudența este un fenomen dificil de rezumat, cel puțin.

Dificultățile sunt accentuate de faptul că mai multe dintre teoriile menționate mai sus par a fi incompatibile în detaliile lor. Un factor problematic suplimentar este că unii susținători ai diferitelor deviații se opun reciproc. Este de remarcat, de asemenea, că unii dintre ei sugerează că oferă singura explicație adevărată anumitor fundamente jurisprudențiale. Pentru un observator din afară este, de asemenea, evident că terminologia este confuză.

Ne-am putea imagina că sarcina de a găsi un punct de plecare necontencios pentru o discuție despre scopul și utilitatea jurisprudenței ar fi facilitată dacă investigația ar fi limitată la dogma juridică și la studiile privind dreptul material. Cu toate acestea, nu este cazul, deoarece ipotezele privind presuposițiile fundamentale variază, descrierile legii diferă de asemenea, de ex. în funcție de dacă analiza se bazează pe teorii pozitivistice sau realiste juridice. În mod similar, rezultatele se vor schimba în funcție de modul în care metodele folosite provin din Jurimetrie, Drept și Sociologie, Drept și Logică sau dacă studiile se desfășoară printr-o „metodă dogmatică legală tradițională”. De asemenea, este evident că diferite sub-discipline juridice, de ex. dreptul civil, dreptul public, dreptul fiscal etc. au dezvoltat diferite metode de investigare, parțial datorită faptului că materialele, sursele legale, din motive istorice, diferă între domenii, dar și ca o consecință firească a faptului că problemele din diferite domenii în diferite grade sunt afectate de considerente politice și de evoluțiile internaționale.

O observație importantă este, în plus, că sistemele de reguli reflectă diferite etape ale dezvoltării, printre altele ca o consecință a faptului că dezvoltarea în diferite zone are loc cu o viteză diferită. În această privință, este evident că structura unui anumit domeniu juridic poate fi dificil de evaluat, datorită faptului că au fost instituite în multe momente numeroase modificări detaliate. Variațiile în acest sens, la rândul său, afectează modul în care sunt solicitate și dezvoltate contribuțiile jurisprudențiale³.

Imaginea jurisprudenței descrisă aici poate fi interpretată în mai multe moduri. Privite la suprafață situația poate părea aproape haotică. Este de asemenea posibil să se concluzioneze că jurisprudența trece printr-o criză a identității, poate ca o consecință predominantă a evoluțiilor acum o sută de ani, cum ar fi pozitivismul logic, școala de gândire juridică din Uppsala și apariția idealurilor moderne ale științei ca atare. Jurisprudența este, din acest punct de vedere, încă luptând să-și găsească baza și să-și justifice existența⁴.

Din această perspectivă, este de asemenea posibil să se susțină că jurisprudența reflectă o evoluție negativă în sensul că divizarea activităților sale nu pare să fi generat rezultate incontestabil de bune. În acest sens, s-ar putea chiar argumenta că particularizarea activităților sale a sporit riscul slăbiciunii acestui domeniu. O asemenea critică este susținută de argumentul potrivit căruia impactul practic al jurisprudenței, cu excepția activităților dogmatice care descriu dreptul material, a fost destul de limitat. În schimb, se poate sugera că dezvoltarea unei metode juridice care poate fi detectată pare a fi o consecință a eforturilor de eficiență, a măsurilor administrative și a preocupărilor politice, a căror origine nu este decât jurisprudențială. În comparație cu dezvoltarea altor științe, se poate argumenta că rezultatele cercetărilor judiciare sunt slabe.

Concluzia conform căreia jurisprudența este un tigru de hârtie este spusă în mod provocator. Într-adevăr, natura complexă a jurisprudenței poate fi, de asemenea, apreciată ca o căutare bogată și vie pentru noi perspective.

¹ Bjarup, Jes & Dalberg-Larsen, Jorgen, *Retsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab*, Bogformidlingens forlag, Århus 1994, Harris, J. W., *Legal Philosophies*, 2 ed., Butterworths, London,... 1997, Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen*, Jure, Stockholm 2001, Klami, Hannu Tapani, *Sanningen om rätten*, Iustus förlag, Uppsala 1990, McCoubrey, Hilaire, White, Nigel D., *Textbook on Jurisprudence*, Blackstone Press Limited, London 1993, Simmonds, Nigel E., *Juridiska principfrågor*, Norstedts juridik, Stockholm 1994, Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5 ed., Norstedts juridik, Stockholm 1996 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning CIX), and Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?* Norstedts juridik, Stockholm 1995 (Institutet för rättsvetenskaplig forskning CLVI).

² Anners, Erik, *Den europeiska rättens historia*, Norstedts, Stockholm 1983.

³ Persson Osterman, Roger, *Kontinuitetsprincipen i den svenska inkomstbeskattningen*, Juristforlaget, Stockholm 1997, p. 18. „In order to describe the law I use what commonly is referred to as the traditional legal dogmatic method. In order to gain knowledge about the content of the legal rules I use in principle the same sources as the court, i.e. laws, case law and legal doctrine”. (Original in Swedish.)

⁴ Strömholm supra note 1, p. 119, „It is not surprising that this situation has initiated numerous resolute attempts, more or less successful to 'save' jurisprudence.” (Original in Swedish.)

Jurisprudența reprezintă, din acest punct de vedere, un paragon al activității pluraliste, în strânsă legătură cu realitatea și cu o mare deschidere spre noi metode și teorii și asimilarea cu ușurință a unor noi perspective din alte domenii ale societății. Argumentele în favoarea unei astfel de interpretări pozitive sunt, de asemenea, înțelegerea faptului că un sistem juridic bine funcțional trebuie adaptat la schimbarea cerințelor și că legea este în permanență afectată de factori externi. Caracterul multilateral al jurisprudenței nu este altceva decât o reflectare a dezvoltării și a cerințelor actuale ale societății înconjurătoare.

Lipsa de unitate a practicii judiciare nu este o problemă exclusivă a justiției din România, însă dimensiunea actuală a acestui fenomen constituie temei serios de îngrijorare, fapt semnalat inclusiv în documentele Comisiei Europene și în hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului.⁵

Practica neunitară și contradictorie generează insecuritate juridică și adâncește neîncrederea în justiție.

Această chestiune afectează întregul sistem judiciar și îi privește, în egală măsură, atât pe justițiabilii români, cât și pe cei străini, care vin în contact cu instanțele judecătorești din țara noastră. Mai mult – după cum sublinia relativ recent un reputat magistrat german⁶ – „pentru observatorii care nu sunt pe deplin conștienți de cauzele reale ale problemei, alimentează o prezumție larg răspândită că instanțele din România își schimbă jurisprudența în mod aleatoriu, rezultat al influenței politicului sau al corupției”.

Constituția României din 1991, revizuită în 2003, conferă instanței supreme rolul de unificator al practicii judiciare⁷ prin art. 126 alin. (3), care prevede că: „Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale”.

Dispoziția constituțională reprodusă mai sus are ca premisă prezumata statornicie a instanței supreme în interpretarea și aplicarea legii, aceasta fiind chemată să regleze contradicțiile de jurisprudență la nivelul instanțelor inferioare. O atare concluzie este întărită de existența unei proceduri speciale privind schimbarea jurisprudenței secțiilor Înaltei Curți de Casație și Justiție.⁸

Rolul unificator al Înaltei Curți de Casație și Justiție din România se realizează – printre altele – și prin soluționarea recursului în interesul legii. Conceput ca un mijloc procedural menit să contribuie la interpretarea și aplicarea unitară a legii pe întreg teritoriul țării, el consolidează poziția de lider al ordinii judiciare a instanței supreme.

Garantul interpretării și aplicării unitare a legii pe întreg teritoriul României este Înalta Curte de Casație și Justiție. Aceasta nu exclude, în opinia noastră, implicarea și a altor instituții, în limitele competențelor proprii, fie pentru a preveni apariția practicii neunitare, fie de a iniția sau sprijini procesul de lămurire a divergențelor de jurisprudență. Avem în vedere, de exemplu: celelalte instanțe judecătorești, Ministerul Public, Ministerul Justiției și Libertăților Cetățenești, Institutul Național al Magistraturii, Consiliul Superior al Magistraturii⁹ etc.

Recursul în interesul legii este reglementat și în alte legislații.

De exemplu, dreptul olandez reglementează recursul în interesul legii, care poate fi formulat de procurorul general de pe lângă Curtea Supremă. El are ca scop asigurarea unității practicii judecătorești și a siguranței juridice și privește fie o chestiune de principiu, fie o hotărâre a unei instanțe inferioare. Recursul în interesul legii poate fi formulat doar după epuizarea tuturor căilor de atac, iar hotărârea pronunțată nu are niciun efect asupra hotărârii instanței inferioare și asupra drepturilor și obligațiilor părților, ci doar soluționează pentru viitor problema de practică neunitară.

Legislația slovacă prevede două forme de recurs în interesul legii: recurs în interesul legii (propriu-zis) și recurs în interesul legii extraordinar. Recursul în interesul legii poate fi promovat de procurorul general, din oficiu sau în urma unei sesizări. Recursul în interesul legii extraordinar are o sferă mai largă de titulari, și anume: procurorul general, ministrul justiției și acuzat (în penal). Recursul în interesul legii extraordinar poate fi exercitat doar în cazuri determinate de lege, cum ar fi: încălcarea incompatibilității; respingerea nelegală a dreptului la recurs; neкомпetența instanței etc. Această a doua formă are un conținut asemănător fostului recurs în anulare din legislația română.

⁵ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Secția a treia, Hotărârea din 6 decembrie 2007, pronunțată în Cauza Beian împotriva României, publicată în M. Of. nr. 616 din 21 august 2008; Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Secția a treia, Hotărârea din 21 februarie 2008, pronunțată în Cauza Driha împotriva României (nepublicată); Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Secția a treia, Hotărârea din 27 ianuarie 2009, pronunțată în Cauza Ștefan și Ștef împotriva României (nepublicată).

⁶ Judecător dr. Dieter Schlafen, Curtea de Apel din Köln, consilier rezident de twinning la Consiliul Superior al Magistraturii din România – Proiect de lege pentru menținerea practicii unitare. Fundamentare (nepublicat)

⁷ Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Marea Cameră, Cauza Zielinski și Pradal și Gonzales și alții împotriva Franței, nr. 24846/94 și 34165/96 la 37173/96, §59, 1999 – VII.

⁸ Art. 25 lit. b) și art. 26 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, republicată, în M. Of. nr. 827 din 13 septembrie 2005, cu modificările și completările ulterioare – Hotărârea nr. 1 din 28 septembrie 1997 prin care s-a revenit asupra jurisprudenței stabilite prin Hotărârea nr. 1 din 2 februarie 1995 în materia acțiunilor în revendicare imobiliară.

⁹ La nivelul Consiliului Superior al Magistraturii funcționează Comisia de unificare a practicii judiciare, care, în cursul anului 2008, a organizat 8 întâlniri cu președinții de secție de la Înalta Curte de Casație și Justiție și curțile de apel, precum și reprezentanții Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție. În cadrul acestora au fost discutate 299 de probleme de drept controversate (din care: 56 în materie penală, 167 în materie civilă, conflicte de muncă și asigurări sociale și 76 în materie comercială. În 21 de cazuri s-a decis sesizarea Procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție pentru a aprecia asupra promovării unor recursuri în interesul legii).

În Luxemburg, recursul în interesul legii există atât în materie civilă și comercială¹⁰, cât și în materie penală¹¹. Exercițarea acestei căi de atac este de competența procurorului general în ambele situații. Părțile nu se pot prevala de decizia intervenită în urma judecării recursului în interesul legii. În Bulgaria, atât Curtea Supremă de Casație, cât și Curtea Supremă Administrativă au rol de supraveghere judiciară¹² în ceea ce privește aplicarea legii de către instanțele aflate în sfera lor de competență. Acest rol presupune inclusiv emiterea unor decizii interpretative privind interpretarea legii când se constată o jurisprudență incorectă sau conflictuală¹³. Sunt abilitați de lege să solicite o decizie de interpretare: președintele Curții Supreme de Casație, președintele Curții Supreme Administrative, procurorul general, ministrul justiției, Avocatul Poporului și Președintele Consiliului Suprem al Barourilor.

Legislația cipriotă prevede că atunci când există hotărâri contrare ale Curții Supreme pronunțate în exercitarea jurisdicției sale inițiale, Secțiunile Unite ale acestei instanțe soluționează problema printr-o hotărâre obligatorie pentru toate instanțele.

În Cehia, Curtea Supremă urmărește și evaluează deciziile finale ale instanțelor pronunțate în procesele civile și și penale și, pe baza acestora, în interesul uniformizării jurisprudenței, adoptă avize referitoare la jurisprudența instanțelor în cauzele de un anumit tip¹⁴. Aceeași atribuție revine Curții Administrative Supreme în materia justiției administrative¹⁵.

De asemenea, dreptul francez¹⁶, dreptul spaniol, dreptul italian, dreptul ungar etc. reglementează recursul în interesul legii. Alte țări, cum ar fi: Suedia, Marea Britanie, Austria, ș.a. nu au asemenea dispoziții.

Recursul în interesul legii are drept scop „asigurarea interpretării și aplicării unitare a legii” de către instanțele judecătorești¹⁷.

Concluzii

Cert este că Deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție pronunțate ca urmare a soluționării recursului în interesul legii, devin obligatorii ca și legile de la data publicării în Monitorul Oficial, ceea ce-i conferă un caracter aparte, respectiv de jurisprudență cu caracter de lege.

¹⁰ Art. 4 al Legii din 18 februarie 1885 privind recursul și procedura în casație.

¹¹ Art. 422 din Codul de instrucție criminală.

¹² Art. 124 și 125 din Constituția Bulgariei.

¹³ Legea sistemului judiciar, publicată în M. Of. nr. 64 din 7 august 2007, cu modificările ulterioare.

¹⁴ art. 14 paragraful 3 din Legea nr. 6/2002 referitoare la instanțe și judecatori, modificată.

¹⁵ art. 12 paragraful 2 din Legea nr. 150/2002 – Codul justiției administrative, modificat.

¹⁶ Legea nr. 67-523/1967. În sensul că legiuitorul român de la 1861 s-a inspirat din legislația franceză; I. Leș – Tratat de drept procesual civil, Ed. Hamangiu 2014, p. 668.

¹⁷ I. Neagu, *Drept procesual penal. Tratat*, Ed. „Global Lex”, București, 2002, p. 739-740.

RĂSPUNDEREA DE MEDIU ÎN CAZUL SOCIETĂȚILOR COMERCIALE AFLATE ÎN INSOLVENȚĂ

Environmental Liability in The Case of Insolvency of Commercial Companies

Candit-Valentin VERNEA*

Rezumat: Prin prezentul articol, autorul analizează o modificare legislativă relativ recentă în materia insolvenței societăților comerciale, evocând practica judiciară recentă pe tematica respectivei modificări.

Articolul este structurat în trei părți. Prima parte vizează particularităților răspunderii de mediu, prin raportare la alte forme ale răspunderii juridice în dreptul românesc contemporan.

A doua parte analizează maniera în care modificările recente ale Legii nr. 85/2014 prin O.U.G. nr. 88/2018 au efect asupra obligațiilor de mediu născute atât anterior cât și în timpul procedurii insolvenței.

A treia parte, cu rol de concluzie, sintetizează efectul modificării legislative anterior menționate, prin raportare la practica judiciară actuală în această materie.

Cuvinte-cheie: insolvență, daune aduse mediului, efectivitatea răspunderii, răspundere de mediu.

Abstract: By this paper, the author analyzes a recent legislative change in the area of insolvency of legal entities, by reference to recent legal practice related to the legislative change in discussion.

The article is structured in three parts. The first part regards the particularities of environmental liability by reference to other forms of judicial liability in Romanian contemporary law.

The second part analyzes the manner in which recent legislative changes of Law no.85/2014 by G.E.O. no.88/2018 have an effect on environmental obligations born either before, either during the insolvency procedure.

The third part, acting as a conclusion, synthesizes the effect of the legal changes previously mentioned, in regard to actual judicial practice in this matter.

Keywords: Insolvency, environmental damage, the effectiveness of liability, environmental liability.

1. În ceea ce privește răspunderea de mediu aceasta comportă unele trăsături aparte cu împrumuturi din celelalte forme ale răspunderii. Doctrina de Teoria Generală a Dreptului¹, definește răspunderea juridică drept un fapt social constând în reacția organizată, instituționalizată, pe care o declanșează o faptă condamnată.

Analizând formele răspunderii juridice, va fi necesară o sumară distincție între răspunderea juridică din sfera dreptului public și răspunderea juridică din sfera dreptului privat. Astfel, răspunderea civilă, ca și exponent al răspunderii de drept privat, constă într-o obligație de reparare a unui prejudiciu cauzat printr-o faptă ilicită, delictuală sau contractuală².

În ceea ce privesc particularitățile răspunderii din dreptul mediului în această sferă, răspunderea juridică are un rol determinant în privința eficacității prescripțiilor. În mod plauzibil, este substanțial preferabilă prevenirea unei daune de mediu, față de repararea acesteia ulterior producerii evenimentului, motiv pentru care, uneori, atragerea răspunderii entității culpabile devine inutilă pentru mediu. Prejudiciile ecologice sunt, în mare parte, definitive, deteriorarea produsă fiind ireversibilă. În atare situații, reparația fie nu este posibilă, fie costurile sale sunt cu adevărat exorbitante.

În aceste condiții, în sfera dreptului mediului cuantificăm patru tipuri de răspundere juridică: un tip de răspundere specială cu referire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, alături de cele trei forme clasice de răspundere *a posteriori* încălcării unor dispoziții legale cu privire la protecția mediului înconjurător: civilă, contravențională și penală³.

Analizând punctual răspunderea specială cu privire la prevenirea și repararea prejudiciului asupra mediului, se poate reține că aceasta reprezintă o formă specifică de răspundere, cu caracter dual, atât de drept public cât și de drept privat, îmbinând elemente de drept administrativ cu elemente de drept civil⁴.

Dimensiunea de drept public decurge din raportul de inegalitate juridică în privința stabilirii despăgubirii, care se realizează în mod unilateral de către autoritățile administrației publice competente în vederea protecției mediului. În

¹ N. Popa, C. Eremia, S. Cristea, *Teoria generală a dreptului*, ed. a II-a, Ed. All Beck, București, 2005, p. 288.

² C. Stătescu, C. Bîrsan, *Drept civil. Teoria Generală a Obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 125.

³ D. Marinescu, M.C. Petre, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a V-a, Ed. Universitară, București, 2014, p. 614.

⁴ D. Marinescu, M.C. Petre, *op. cit.*, p. 616.

completare, întregul mecanism de atragere a răspunderii este fundamentat pe răspunderea civilă, fapt din care decurge și dimensiunea de drept privat⁵.

În doctrină⁶ s-a mai arătat că „orice persoană fizică sau juridică care este afectată sau posibil afectată de un prejudiciu asupra mediului sau care se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, precum și orice organizație neguvernamentală care promovează protecția mediului și se consideră vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim are dreptul să informeze și să solicite autorității competente să ia măsurile de prevenție și de reparare aferente răspunderii de mediu”. Investită cu o astfel de cerere Agenția județeană de protecție a mediului este cea care trebuie să se asigure că orice operator respectă prevederile dispozițiilor privind răspunderea de mediu.

În doctrină⁷ s-a prezentat că mediul este „ansamblul elementelor care, în complexitatea lor relațională, constituie cadrul și condițiile vieții omului”... „mediul înseamnă apă, aer și sol în interacțiunea lor, precum și raportul dintre acestea și orice organism viu”. În literatura de specialitate⁸ s-a mai arătat că „noțiunea de protecție a mediului reprezintă activitatea umană conștientă, științific fundamentată, îndreptată spre realizarea unui scop cunoscut, constând în prevenirea poluării, menținerea și îmbunătățirea condițiilor de viață pe Pământ”. Din definiție rezultă structura tripartită a activității de protecție a mediului; adică părțile componente ale acestei activități sunt: ocrotirea mediului, conservarea și dezvoltarea (sau ameliorarea) acestuia⁹.

În literatura de specialitate¹⁰ s-a arătat că „din perspectivă juridică, dauna ecologică, în sens larg, poate să se manifeste, pe de o parte, ca o daună de mediu, respectiv, pagube produse prin intermediul mediului poluat sau degradat persoanelor și bunurilor, cu un prejudiciu subiectiv derivat, iar pe de alta, ca o daună adusă mediului, cu un prejudiciu obiectiv direct, independent de lezarea unui interes uman, cu particularități majore în privința reparării lor, pe calea angajării răspunderii”.

Prejudiciile ce sunt aduse ca urmare a unei daune de mediu pot fi de natură patrimonială rezultate din lezarea unui interes, lipsa unui câștig dar și costul măsurilor de prevenire și reparare prin decontaminare.

2. În ceea ce privește titularul unei activități cu impact asupra mediului arătăm că acesta poate fi atât o persoană fizică cât și o persoană juridică, oricare din ele fiind răspunzătoare legal. Titular al unui proiect de autorizare a unei activități este fie solicitantul persoană fizică sau juridică fie autoritatea publică care inițiază un proiect.

Din categoria persoanelor juridice fac parte și cele constituite în baza Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale¹¹, fie ele cu răspundere limitată fie în comandită pe acțiuni. Astfel că societățile comerciale pot fi subiecte de drept al mediului fiind persoane juridice înființate în baza unor norme legale. Art. 1 din Legea societăților comerciale nr. 31/1990 prevede că „în vederea desfășurării de activități cu scop lucrativ, persoanele fizice și persoanele juridice se pot asocia și pot constitui societăți cu personalitate juridică, cu respectarea dispozițiilor prezentei legi”¹².

Societatea comercială poate fi constituită în vederea desfășurării unei activități cu scop lucrativ, dar poate fi înființată și fără ca obiectivul principal să fie acela ca din activitatea desfășurată să obțină profit. Activitatea pe care societățile comerciale o desfășoară în vederea obținerii sau nu a unui profit trebuie să fie unul provenit din fapte licite, astfel că orice activitate a acesteia trebuie să respecte inclusiv legislația din dreptul mediului.

În cazul în care societatea comercială constituită în scop lucrativ nu numai că nu obține profit, dar mai și înregistrează pierderi consecutive care nu pot fi acoperite din surse externe, aceasta poate ajunge în incapacitate de plată urmată de insolvență. Altfel spus o societate ajunsă în incapacitate de plată mai are un pas mic până la deschiderea procedurii de insolvență, care poate fi urmată de o reorganizare de succes sau de falimentul debitoarei.

Insolvența, așa cum a fost ea definită arată că este acea stare a patrimoniului debitorului care este caracterizată prin insuficiența fondurilor bănești pentru plata datoriilor certe, lichide și exigibile¹³. Textul art. 5 pct. 29 lit. a) și b) din Legea nr. 85/2014¹⁴ face distincție între insolvența iminentă și insolvența prezumată. Însă oricum ar fi starea de insolvență a debitoarei, fie ea iminentă, fie ea prezumată, putem vorbi de o societate comercială aflată în insolvență doar dacă în urma analizei făcute de judecătorul sindic, investit cu o astfel de cerere, stabilește că sunt îndeplinite toate cerințele legale și pronunță o sentință sau o încheiere de deschidere a procedurii.

⁵ În literatura de specialitate încă nu există un punct de vedere unitar cu privire la existența autonomă a acestui tip de răspundere, fiind apreciată ca o răspundere civilă delictuală cu o serie de elemente particulare. În acest sens, M. Duțu, A. Duțu, *Dreptul Mediului*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 220.

⁶ M. Duțu, *Introducere în dreptul penal al mediului*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 98-99.

⁷ M. Duțu, *Dicționar de drept al mediului*, Ed. Economică, 2000, p. 122.

⁸ E. Lupan, *Dreptul mediului. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 1996, p. 40.

⁹ A. I. Dușcă, *Dreptul Mediului*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 9.

¹⁰ M. Duțu, A. Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București 2015, p. 119.

¹¹ Legea nr. 31/1990, Legea societăților comerciale, republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

¹² Republicată în M. Of. nr. 1066 din 17 noiembrie 2004.

¹³ În doctrină s-a arătat că această definiție a fost dată de legiuitorul român având în vedere realitatea economică și juridică potențială a patrimoniului debitorului său, în alți termeni, insolvența actuală, M.N. Costin, C.M. Costin, *Condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii insolvenței comerciale la cererea creditorului îndreptățit*, în Revista Drept Comercial nr. 9/2006, p. 9.

¹⁴ Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței publicată în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

Societățile comerciale, fiind persoane juridice, încă de la înființare trebuie să respecte toate prevederile legale privitoare la legislația din dreptul mediului în cazul în care acestea sunt aplicabile specificului activității acestora. Societățile comerciale sunt entități născute ca urmare a voinței unei sau mai multor persoane fie ele fizice sau juridice ori o combinație a acestora. Se presupune că activitatea pe care o societate comercială o desfășoară este una de o amploare mult mai mare și cu o complexitate ridicată față de orice activitate pe care o persoană fizică o poate face în mod individual.

Riscul ca echilibrul ecologic să fie afectat este cu atât mai mare cu cât amploarea activităților desfășurate este mai mare, astfel că în cazul societăților comerciale riscul este unul ridicat. În funcție de activitatea pe care o va desfășura fiecare societate comercială în parte, încă de dinaintea începerii acesteia s-ar putea să fie necesară o anumită autorizare, care poate fi și una de mediu.

În ceea ce privește prevederile O.U.G. nr. 68/2007¹⁵ privind răspunderea de mediu dar și prevederile nr. O.U.G. nr. 195/2005¹⁶ privind protecția mediului, în cazul societăților comerciale aflate în insolvență acestea pot să nu aibă efectele pe care legiuitorul din dreptul mediului le-a avut în vedere la momentul reglementării. Corelarea normelor din dreptul mediului cu cele din domeniul insolvenței societăților comerciale nu este tocmai bine structurată. Într-adevăr scopul legiuitorului a fost de prevenție a eventualelor efecte negative asupra mediului, însă în ceea ce privește societatea comercială aflată sub protecția Legii nr. 85/2014 privind procedurile de insolvență¹⁷ aceasta beneficiază de câteva prevederi legale menite mai mult să ajute economic debitorul decât să prevină degradarea mediului.

O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului arată în cadrul art. 10 alin. 4 că îndeplinirea obligațiilor de mediu este prioritară în cazul procedurilor de faliment, dizolvare, lichidare sau încetare a activității. Considerăm că riscul de neîndeplinire a obligațiilor de mediu poate să apară imediat ce societatea debitoare a intrat în procedură de insolvență și nu neapărat odată cu deschiderea procedurii de faliment.

O societate comercială aflată în insolvență în perioada de observație, își desfășoară activitatea sa normală sub conducerea administratorului special și sub supravegherea administratorului judiciar, iar dacă dreptul de administrare a fost ridicat activitatea este condusă de administratorul judiciar.

Societatea deja ajunsă în insolvență are probleme financiare, astfel că riscul pe care aceasta o comportă vis-a-vis de obligațiile de mediu este una crescută. Activitatea desfășurată de societate presupune și achitarea obligațiilor de mediu pe care aceasta le are. Obligațiile de mediu pe care societățile debitoare le pot avea pot fi anterioare deschiderii procedurii sau ulterioare, regimul acestora fiind diferit în funcție de nașterea obligațiilor.

Așa cum a fost precizat în literatura de specialitate¹⁸ „procedurile de insolvabilitate se bazează în general pe sisteme declarative care permit obiectivitatea pasivului debitorului insolubil și care stabilesc în mod strict procesul de declarare a unei creanțe”. Din acest punct de vedere, creanțele rezultate din neîndeplinirea obligațiilor de mediu pot ridica o serie de probleme, de la identificarea titularului acesteia la modalitatea de recuperare a acesteia în cadrul unei proceduri de insolvență.

Pentru scopul prezentei lucrări apreciem necesar să punctăm o chestiune de interes practic în sfera protecției mediului înconjurător în cadrul procedurii insolvenței. În acest sens arătăm că în cauza de face obiectul dosarului de insolvență 6473/111/2013 aflat pe rolul Tribunalului Bihor unde debitor este Electrocentrale Oradea SA, Administrația Națională pentru Protecția Mediu a solicitat înscrierea la masa credală a debitoarei cu un număr de 1.2123.573 certificate de emisii gaze cu efect de seră nerestituite de societate, aferente anilor 2015 și 2016.

Analizând solicitarea formulată de Agenția Națională a Protecției Mediului, lichidatorul judiciar a concluzionat prin raportul de verificare creanțe nr. 275/16.03.2018 depus la dosarul de fond, că obligațiile nerespectate de Electrocentrale Oradea SA sunt obligații de a face, care nu sunt susceptibile de înscrierea în tabelul suplimentar de creanțe.

Din această speță prezentată rezultă faptul că obligațiile de mediu reprezentând obligații de a face nu pot fi înscrise în tabelele de creditori. Orice solicitare de înscriere a obligațiilor de a face formulată de Agențiile Naționale de Protecția Mediului pot să rămână fără finalitate rămânând astfel neîndeplinite obligațiile de mediu care nu vor mai putea fi acoperite din averea debitoarei insolvente. În literatura de specialitate¹⁹ s-a remarcat că „un obstacol în perceperea creanțelor de mediu vizează faptul că obligația de mediu este o obligație de a face, executarea sa obligând debitorul a cheltui sumele necesare încetării tulburărilor provocate mediului”.

În cazul în care obligațiile de mediu ale societății debitoare au fost suportate de Agenția Națională de Mediu, înainte de deschiderea procedurii de insolvență, aceasta din urmă va trebui să solicite înscrierea la masa credală a debitoarei în vederea recuperării prejudiciului creat reprezentând suma de bani cheltuită cu această operațiune. Acesta ar fi cazul cel mai fericit în care cuantificarea obligațiilor de mediu sunt făcute înainte de deschiderea procedurii de insolvență de către Agenția Națională de Mediu, însă dacă aceasta a apucat ca înainte de deschiderea procedurii de

¹⁵ O.U.G. 68/2007 privind răspunderea de mediu publicată în M. Of. nr. 466 din 29 iunie 2007.

¹⁶ O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului publicată în M. Of. nr. 1196 din 30 decembrie 2005.

¹⁷ Publicată în M. OF. nr. 466 din 25 iunie 2014.

¹⁸ M. Duțu, A. Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București 2015, p. 202.

¹⁹ M. Duțu, A. Duțu, *op. cit.*, p. 202.

insolvență să-și instituie măsuri asiguratorii de natura ipotecii, atunci va fi înscrisă în tabelul creditorilor având rang prioritar la distribuirile ce vor fi efectuate în cadrul procedurii. Agenția Națională de Mediu va fi înscrisă în tabelele de creditori cu o creanță garantată rezultată din îndeplinirea obligațiilor de mediu efectuate în locul societății debitoare.

În cazul în care Agenția Națională de Mediu nu a apucat să înscrie privilegiul ipotecar înainte de deschiderea procedurii insolvenței acest drept este curmat de prevederile art. 88 din Legea 85/2014²⁰. În acest din urmă caz creditoarea va putea solicita înscrierea în tabelul creditorilor cu suma suportată de aceasta, dar cu rang de prioritate al unei creanțe bugetare.

O problemă majoră se poate ivi în situația în care Agenția Națională de Mediu nu a efectuat obligațiile de mediu pe cheltuiala acesteia, astfel că aceste obligații nu sunt cuantificate, iar înscrierea în tabelul de creditori ai debitoarei nu poate avea loc decât sub forma unei creanțe.

Prevederile legale în materia insolvenței nu dau dreptul creditorilor de a înscrie la masa credală o obligație de a face, ci numai o obligație cuantificată monetar, așa cum am arătat mai sus. Într-o astfel de situație Agenția Națională de Mediu va trebui, ca înainte de formularea cererii de înscriere la masa credală, să efectueze o evaluare a obligațiilor de mediu neonorate de societatea debitoare, în vederea cuantificării acestora.

Într-o altă situație, în cauza ce face obiectul dosarului nr. 528/95/2015 aflat pe rolul Tribunalului Gorj, societatea debitoare a acumulat, după deschiderea procedurii de insolvență, datorii față de creditorul Administrația Fondului pentru Mediu. Creditoarea printr-o cerere formulată și depusă la dosarul cauzei, a solicitat în temeiul art. 75 alin. 3 din Legea insolvenței, constatarea de către administratorul judiciar a creanței în cuantum de 26.191 lei născută după deschiderea procedurii de insolvență, iar în temeiul art. 102 alin. 6²¹ din Lege a solicitat achitarea acesteia. Prin raportul de activitate nr. 3909 din 18.05.2018 depus la dosarul cauzei, administratorul judiciar a analizat cererea formulată de creditor, iar concluzia acestuia a fost că suma de 26.191 lei este o creanță curentă urmând ca în temeiul art. 102 alin. 6 din Legea insolvenței această să fie achitată pe măsură ce societatea debitoare deține lichidități disponibile.

Prevederile art. 102 alin. 6 din Legea insolvenței nu arată însă care este modalitatea de achitare a creanțelor curente, astfel că societatea debitoare poate achita în orice ordine dorește aceste datorii, neexistând o regulă prestabilită.

Pentru a găsi un remediu practic și pentru evitarea unor asemenea blocaje de această natură considerăm că trebuie avute în vedere modificările aduse Legii insolvenței prin O.U.G. nr. 88/2018 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul insolvenței²².

Prin Ordonanța de Urgență nr. 88/2018 au fost aduse importante modificări ale Legii 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței. Modificările majore aduse de O.U.G. 88/2018²³ sunt cu precădere la art. 143 și 75 din Legea insolvenței²⁴.

Intervenția adusă articolului 143 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 (urmare a adoptării OUG nr. 88/2018) prin instituirea posibilității unei proceduri paralele de executare individuală are un impact semnificativ asupra economiei și fizionomiei Legii nr. 85/2014 în ansamblul său, de natură a-i deturna scopul său inițial (chiar în contradicție cu acesta), respectiv „instituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului, cu acordarea, atunci când este posibil, a șansei de redresare a activității acestuia”²⁵. Însă pentru obligațiile de mediu curente neîndeplinite

²⁰ Legea nr. 85/2014 la art. 88 arată că „Dacă la data deschiderii procedurii un drept, act sau fapt juridic nu devenise opozabil terților, înscrierile, transcrierile, intabulările și orice alte formalități specifice necesare acestui scop, inclusiv cele dispuse în cursul unui proces penal în vederea confiscării speciale și/sau extinse, efectuate după data deschiderii procedurii, sunt fără efect față de creditori, cu excepția cazului în care cererea sau sesizarea, legal formulată, a fost primită de instanță, autoritatea ori instituția competentă cel târziu în ziua premergătoare hotărârii de deschidere a procedurii. Înscrierile efectuate cu încălcarea acestui articol se radiază de drept”.

²¹ Legea nr. 85/2014 la art. 102 alin. 6 prevede „Creanțele născute după data deschiderii procedurii, în perioada de observație sau în procedura reorganizării judiciare vor fi plătite conform documentelor din care rezultă, nefiind necesară înscrierea la masa credală. Prevederea se aplică în mod corespunzător pentru creanțele născute după data deschiderii procedurii de faliment”.

²² Publicat în M. Of. nr. 840 din 2 octombrie 2018.

²³ O.U.G. 88/2018 publicat în M. Of. 840 din 2 octombrie 2018.

²⁴ Legea nr. 85/2014 – art. 143 alin. 1: Dacă debitorul nu se conformează planului sau se acumulează noi datorii către creditorii din cadrul care procedurii de insolvență, oricare dintre creditori sau administratorul judiciar poate solicita oricând judecătorului-sindic să dispună intrarea în faliment a debitorului. Cererea se judecă de urgență și cu precădere, în termen de 30 de zile de la înregistrarea acesteia la dosarul cauzei. Cererea va fi respinsă de către judecătorul-sindic în situația în care creanța nu este datorată, este achitată sau debitorul încheie o convenție de plată cu acest creditor. Pentru datoriile acumulate în perioada procedurii de insolvență care au vechime mai mare de 60 de zile se poate începe executarea silită;

art. 75 alin. 4 din același act normativ arată că: Titularul unei creanțe curente, certe, lichide și exigibile ce a fost recunoscută de către administratorul judiciar ori cu privire la care acesta a omis să se pronunțe în termen de 10 zile de la depunerea cererii de plată sau recunoscută de judecătorul-sindic potrivit alin. 3, în cazul în care cuantumul creanței depășește valoarea-prag, poate solicita pe parcursul duratei perioadei de observație deschiderea procedurii de faliment al debitorului dacă aceste creanțe nu sunt achitate în termen de 60 de zile de la data luării măsurii administratorului judiciar de admitere sau omitere a pronunțării asupra cererii de plată ori a hotărârii instanței de judecată. Prevederile art. 143 alin. 2 și 3 se vor aplica în mod corespunzător.

²⁵ Art. 2 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței.

de societatea debitoare, această modificare legislativă, poate aduce beneficii în sensul reducerii semnificative a timpului de îndeplinire de către societatea debitoare a acestor obligații.

Considerăm că prin această modificare legislativă s-ar putea crea o breșă în legătură cu caracterul concursual al procedurii admitându-se posibilitatea golirii patrimoniului debitorului insolvent pe calea unor proceduri individuale de executare și fără șansa de redresare.

Cu toate acestea din această modificare legislativă lipsește precizia necesară aplicării efective a prevederii în discuție, creând chiar premisele unor incompatibilități între norme de același rang generate, printre altele, de neindicarea sferei bunurilor asupra cărora s-ar putea demara procedura de executare individuală în vederea recuperării obligațiilor de mediu curente neefectuate, respectiv condițiile efective de exercitare a executării individuale de vreme ce:

i) contul debitorului aflat în insolvență este insesizabil. Art. 163 alin. 3 din Legea nr. 85/2014 prevede imposibilitate indisponibilizării contului de insolvență: „prin nicio măsură de natură penală, civilă sau administrativă dispusă de organele de cercetare penală, de organele administrative sau de instanțele judecătorești”. Amintim că art. 39 din Legea nr. 85/2014 prevede că plățile se fac dintr-un cont deschis, la o unitate a unei bănci, pe bază de dispoziții emise de debitor sau, după caz, de administratorul judiciar, iar în cursul falimentului, de lichidatorul judiciar, iar cheltuielile aferente procedurii vor fi plătite cu prioritate în momentul existenței disponibilului în contul debitorului.

ii) eventuala interpretare în sensul că ar putea fi urmărite și bunurile afectate de drepturi de preferință constituite în favoarea creditorilor anteriori deschiderii procedurii, dincolo de faptul că ar aduce atingere drepturilor titularilor respectivelor garanții – drept de proprietate garantat de Constituție, ar ridica în discuție problema aplicării unor prevederi din dreptul comun aferente unei executări individuale care nu se conciliază cu caracterul concursual al procedurii, respectiv: executarea silită civilă/fiscală care admite intervenția altor creditori (ex. art. 690 și urm. CPC), distribuirea potrivit ordinii de preferință cu posibilitatea declarării creanțelor statului și observarea rangului creanțelor garantate (865, 866, 867 CPC) cu riscul unui conflict cu ordinea de distribuire prevăzută în cadrul Legii nr. 85/2014.

iii) eventuala negare a dreptului de intervenție al creditorului garantat ar putea ridica în discuție problema atingerii dreptului de proprietate (art. 87 alin. 3 din Legea nr. 85/2014 prevăzând acordarea de protecții corespunzătoare, în vreme ce o executare individuală, care nu i-ar permite intervenția ar fi de natură a pune în discuție afectarea drepturilor sale).

iv) chiar dacă s-ar admite că prevederea menționată ar viza doar bunurile libere de sarcini, demararea în paralel a unei executări individuale este de natură a intra în conflict cu alte prevederi din Legea nr. 85/2014 care presupun ca în urma confirmării unui plan activitatea să fie condusă în conformitate cu planul confirmat (art. 141 din Legea nr. 85/2014²⁶) – dacă bunul urmărit este necesar realizării planului și inclus în plan.

v) pe de altă parte, admiterea dreptului de intervenție creează o problemă majoră în aplicarea sancțiunii decăderii creditorului deținător al unei creanțe anterioare sancționat de Legea nr. 85/2014 pentru că nu și-a depus declarația de creanță în termen. Astfel, Legea nr. 85/2014 îl decade din dreptul de a-și recupera creanța, pe când Codul de Procedură Civilă/fiscală îi permite să intervină în executarea silită.

vi) mai mult decât atât, instituția tabelului de creanțe, respectiv ierarhia de plată a creanțelor reglementată de art. 159, art. 161 și art. 102 alin. 6 din Legea nr. 85/2014 este escaladată în executarea silită. Cum nu există prevederi exprese care să arate după care reguli se fac distribuirile în executarea silită în cadrul procedurii insolvenței, atunci se poate interpreta inclusiv că nu se va ține cont de nici un tabel de creanțe, executarea silită făcându-se strict conform regulilor existente în Codul de procedură civilă/fiscală.

Atât creditorii cât și debitorii trebuie să poată să aibă reprezentarea clară a consecințelor neplății unei creanțe curente, fără afectarea substanței drepturilor altor creditori – ceea ce pune în discuție și nerespectarea principiului securității juridice.

Unul dintre principalele efecte ale deschiderii procedurii de insolvență îl constituie suspendarea de drept a executărilor silite împotriva averii debitorului. Astfel, potrivit regulii instituite de art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, organul de executare nu va mai putea să emită vreun act de executare precum procese-verbale, notificări, somații, să organizeze licitații sau să facă distribuiri ale sumelor obținute din executări.

Ca regulă, având în vedere scopul procedurii, de la data deschiderii nu mai sunt posibile urmăriri individuale întrucât acestea ar putea prejudicia interesele creditorilor. Valorificarea drepturilor acestora se poate face numai în cadrul procedurii insolvenței, prin depunerea cererilor de admitere a creanțelor²⁷. Această prevedere a dat eficiență conceptului *automatic stay* cunoscut în dreptul european al insolvenței.

În acest context apare întrebarea cu privire la determinarea raportului dintre regula suspendării executărilor silite stabilită la art. 75 din Legea nr. 85/2014 și modificarea adusă art. 143 de O.U.G. nr. 88/2018 care conferă creditorilor curenți având creanțe mai vechi de 60 de zile posibilitatea începerii executării silite.

Interpretarea acestui din urmă text ca fiind o excepție de la efectul suspendării executărilor silite ar echivala cu negarea scopului și principiilor procedurii astfel cum acestea au fost expuse mai sus. Însuși caracterul colectiv și

²⁶ Publicat în M. Of. nr. 466 din 25 iunie 2014.

²⁷ Ioan Adam, Anca Roxana Adam, *Codul insolvenței. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 397.

concursual al procedurii interzice existența unor proceduri paralele de executare silită care să grăvească în jurul procedurii principale având ca finalitate diminuarea patrimoniului debitoare și periclitatea tratamentului echitabil al creditorilor în ceea ce privește îndeșterea creanțelor.

Inclusiv recomandările Băncii Mondiale în ceea ce privește reglementarea procedurii insolvenței în dreptul intern au pus accentul pe regândirea excepțiilor de la suspendarea executării silite, în special cu privire la creditorii apăruiți după deschiderea procedurii. Astfel, a fost recomandată prevenirea eroziunii principiului fundamental al insolvenței, și anume, natura concursuală a acesteia, prin descurajarea creditorilor de a apela la executarea silită²⁸.

Dacă art. 143 instituie o excepție de la regula suspendării executărilor silite, care este procedura de urmat în cazul obligațiilor de mediu neîndeplinite în timpul procedurii de insolvență, dar mai ales care este organul care aplică procedura?

Cu toate acestea prin Sentința civilă nr. 1 din 03 ianuarie 2019²⁹, pronunțată de Tribunalul Sălaj în dosarul nr. 24/84/2016/a18 judecătorul sindic a apreciat că „se impune ridicarea măsurii popririi înființată de creditorul bugetar prin adresele..., restul măsurilor de executare silită din dosarul de executare... urmând a rămâne în vigoare și a-și produce efectele, suspendarea acestora nefiind posibilă și susținută de un text legal în vigoare”.

Dacă am admite că într-adevăr textul art. 143 alin. 1 din Legea insolvenței, astfel cum a fost modificat prin O.U.G. 88/2018, permite începerea executărilor silite, ne aflăm în situația în care obligațiile de mediu ar putea fi recuperate de Agenția Națională de Mediu prin efectuarea formalităților de emitere a titlurilor executorii.

Modificările legislative mai sus prezentate, nu au adus și lumină în ceea ce privește organul care aplică această procedură și care este modalitatea prin care atribuțiile executorului se pot concilia cu cele ale administratorului judiciar cu privire la aceleași bunuri ale debitorului. Pe cale de consecință, pentru a interpreta textul astfel încât să se aplice, acesta ar trebui înțeles în sensul în care executarea silită la care face referire este o modalitate de recuperare a creanței în cadrul procedurii de insolvență, nu prin declanșarea unei proceduri paralele cu aceasta.

Observăm că dacă este permisă accesarea executării silite pentru creanțele curente, respectiv obligațiile de mediu neexecutate la scadență, acestea beneficiază de un avantaj net față de creanțele anterioare, care sunt obligate să aștepte plata printr-un plan de reorganizare. Creanța anterioară este blocată prin efectul art. 75 alin. 1 din Legea nr. 85/2014, masa activă fiind protejată și afectată derulării procedurii, dar creanța curentă se poate îndeșterea tocmai din valorificarea acestor active.

Considerăm că egalitatea de tratament este neunitară între creanțele curente, fiind în mod clar avantajate obligațiile de mediu și creanțele rezultate din acestea, cât timp creditorul bugetar poate emite direct un titlu executoriu și trece la executarea silită. Creditorul care nu este bugetar și care nu are posibilitatea emiterii unui titlu executoriu trebuie să se adreseze, prima dată, cu o cerere către administratorul judiciar. În cazul în care după analiza făcută, cererea acestui creditor este confirmată de administratorul judiciar, sens în care i se va recunoaște caracterul cert, lichid și exigibil al creanței, adresa practicianului în insolvență nu va valora titlu executoriu.

Astfel, chiar dacă vorbim despre două creanțe curente născute la aceeași dată, cu același quantum, creanța bugetară reprezentând obligații de mediu este net avantajată față de creanța unui creditor chirografar, care trebuie să fie înfirmată de administratorul judiciar, ca să poată ajunge mai departe la judecătorul sindic pentru obținerea unei hotărâri judecătorești cu valoare de titlu executoriu. În tot acest timp creditorul bugetar poate să-și îndeștereze creanța rezultată din obligațiile de mediu neexecutate de societatea debitoare, apelând la executarea silită.

3. Ca o aplicație directă, în situația creanțelor de mediu înscrise la masa credală această modificare a Legii 85/2014 nu are aplicabilitate directă însă pentru creanțele curente reprezentând obligații de mediu neîndeplinite, născute după deschiderea procedurii de insolvență, aceste prevederi ar putea duce la recuperarea mai rapidă a datoriilor.

În ceea ce privește creanțele de mediu născute în timpul procedurii de insolvență, întrucât acestea pot fi asimilate în vederea executării creanțelor bugetare, apreciem că sunt incidente prevederile art. 143 din Legea nr. 85/2014, iar în acest fel Agenția Națională de Mediu își va executa creanța cu prioritate având în vedere că are posibilitatea de a emite titluri executorii.

La nivel jurisprudențial s-a realizat o limitare a prevederilor art. 143 alin. 1 din Legea nr. 85/2014 în forma ulterioară modificării în sensul că nu intră sub incidența aplicării imediate a prevederilor O.U.G. nr. 88/2018 procesele începute înainte de intrarea în vigoare a acesteia³⁰.

Considerăm că soluția este corectă și are în vedere scopul pentru care a fost realizată modificarea legislativă. În acest sens, reținem că reglementarea Legii nr. 85/2014 în forma actuală a beneficiat de o îmbunătățire a prevederilor pentru situația recuperării creanțelor de mediu născute ulterior deschiderii procedurii insolvenței chiar dacă practica

²⁸ Banca Mondială, Raport privind respectarea standardelor și codurilor. Regimul juridic al insolvenței și drepturile creditorilor/debitorilor, România, 2014, http://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/romania/rosc/Romania%20ICR%20ROSC%20Final-April%202014%20COMPLET_clean_ro.pdf vizualizată la data de 04.04.2019.

²⁹ Sentința este publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 96/04.01.2019 consultată pe <https://portal.onrc.ro> la data de 07.04.2019.

³⁰ Tribunalul Dâmbovița, Sentința nr. 71/11.03.2019 publicată în Buletinul Procedurilor de Insolvență nr. 5617/19.03.2019.

judiciară a instituit o limitare *rationae temporis* a sferei de aplicare a legii modificatoare, dar în acest fel, o creanță de mediu poate fi valorificată cu celeritate.

Având în vedere situația din dosarul nr. 528/85/2015 aflat pe rolul Tribunalului Gorj observăm că Agenția Națională de Mediu ar avea posibilitatea ca în temeiul prevederilor art. 102 alin. 6 din Legea insolvenței să-și recupereze integral creanța curentă cu prioritate față de alți creditori și nu în temeiul art. 143 alin. 1 din Lege așa cum a fost modificată. Însă în procedurile de insolvență deschise după modificarea legislativă din decembrie 2018 obligațiile de mediu curente cu o vechime mai mare de 60 de zile ar putea fi mult mai ușor recuperate de către Agenția Națională de Mediu.

Cu certitudine există o multitudine de probleme în practica judiciară actuală privitoare la recuperarea creanțelor de mediu de la societățile aflate sub incidența procedurii insolvenței, însă prin raportare la obiectul prezentei lucrări, apreciem că varianta actuală a Legii nr. 85/2014 constituie un progres.

PRACTICA JUDICIARĂ ÎNTRE IZVOR DE DREPT ȘI ADEVĂR JURIDIC PARTICULAR

Jurisprudence Between Source of Law and Particular Legal Truth

Dr. Tiberiu Viorel POPESCU*

Rezumat: *Practica judiciară, cu precădere cea emisă de instanțele superioare, tinde să devină izvor de drept, mai cu seama când se află în postura de a deveni „obligatorie”. Întrucât în peisajul dreptului românesc lipsește conceptul „caracter normativ”, trebuie atent delimitate izvoarele dreptului și înțelegerea „forței obligatorii” a unor hotărâri judecătorești în raport cu adevărul juridic particular pe care-l exprimă în mod obișnuit hotărârile instanțelor. De asemenea trebuie subliniată contribuția incontestabilă la formarea noului drept a practicii judiciare a tuturor instanțelor de judecată interne și europene. Controlul judecătoresc la care sunt supuse pe calea contenciosului administrativ actele administrative și controlul de constituționalitate al legilor, generează de asemenea o practică judiciară de referință din cadrul căreia se distinge ca importanță practica instanței de contencios constituțional ce are o mare influență asupra dreptului. Acesta este influențat în mod aparte de actele emise de unele instituții ce cândva generau o foarte utilă practică judiciară.*

Cuvinte-cheie: *Drept, practică judiciară, izvor de drept.*

Abstract: *Judicial practice, especially that issued by higher courts, tends to become a source of law, especially when it is in a position to become „obligatory”. As the concept of „normative character” is lacking in the Romanian law landscape, the sources of law and the understanding of the „binding force” of judicial decisions must be carefully delineated in relation to the particular legal truth usually expressed by the judgments of the courts. Also, the indisputable contribution to the formation of the new right of judicial practice in all domestic and European courts has to be emphasized. The judicial control to which the administrative acts and the constitutionality control of the laws are subjected by the administrative litigation also generates a reference judicial practice in which the practice of the constitutional litigation which has a great influence on the law is significant. This is particularly influenced by the acts issued by some institutions that once were generating a very useful judicial practice.*

Keywords: *Law, judicial practice, source of law*

În limitele temei prezentului studiu, ne vom rezuma la analiza noțiunii izvor de drept (1), împrejurărilor în care jurisprudenței îi este recunoscut un caracter obligatoriu (2), la practica judiciară ce contribuie la formarea dreptului (3) și la situațiile în care practica unor instituții care, deși influențează dreptul, nu mai este judiciară (4).

1. Izvoarele dreptului

Preliminarii. O analiză obiectivă a practicii judiciare și a modului cum aceasta poate influența evoluția dreptului, poate pleca de la precizarea locului și rolului acesteia în peisajul izvoarelor dreptului. Modalitățile specifice de exprimare a conținutului dreptului le regăsim sub denumirea de izvoare ale dreptului, atât în cadrul teoriei generale a dreptului¹ cât și în cadrul științelor juridice de ramură.

Plecând de la această generică și sumară definiție a izvoarelor dreptului, fără a menționa dezbaterile ample din doctrina juridică pe această temă și oprindu-ne la sensul juridic al noțiunii, menționăm că au fost enumerate o serie de criterii de clasificare a izvoarelor în viziunea clasică.

Atragem atenția doar asupra faptului că viziunea clasică asupra izvoarelor dreptului românesc trebuie lărgită în considerarea izvoarelor dreptului European, care au o mare influență asupra dreptului din statele membre. Actul normativ juridic este reținut în doctrina clasică, alături de contractul normativ ca principale izvoare ale dreptului, alături de care sunt menționate obiceiul și uneori practica judiciară.

Apreciem că izvoarele dreptului Uniunii Europene trebuie să ocupe un loc important în analiza conceptului de izvor de drept. În acest sens precizăm că există trei surse ale dreptului Uniunii Europene, respectiv: legislația primară, legislația secundară și legislația complementară. Principalele surse ale legislației primare sunt tratatele care instituie Uniunea Europeană (Tratatul privind Uniunea Europeană, Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene), protocoalele anexate la tratatele fondatoare și la tratatele de modificare precum și tratatele privind aderarea de noi state. Legislația secundară cuprinde actele unilaterale, convențiile și acordurile. Sursele complementare sunt elemente de

* Academia Română – Doctor în științe juridice; Cercetător asociat, Centrul de Studii și Cercetări de Biodiversitate Agrosilvică „Academician David Davidescu”; e-mail: tpopescu2005@yahoo.com.

¹ N. Popa, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Europa Nova, 1995, p. 110-123.

drept care nu sunt menționate în mod specific în tratate. Această categorie include cu prioritate jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii².

Din cele ce precedă se poate observa că jurisprudența reprezintă o sursă complementară a dreptului uniunii europene. Totodată subliniem că instanțele naționale în deciziile pronunțate fac tot mai des trimitere spre jurisprudența CJUE sau CEDO.

Delimitarea practicii judiciare de izvoarele dreptului. La nivel național reiterăm faptul că rolul preponderant al jurisprudenței este acela de “interpretare” și aplicare în cazuri concrete a legii. În acest caz judecătorul acționează în conformitate cu două principii: în primul rând acesta se pronunță în cauza pe care o judecă, fără a putea stabili reguli generale în afara speței, iar în al doilea rând, potrivit uzanțelor dreptului românesc, judecătorul în general nu este legat de o hotărâre pronunțată într-o cauză similară. Pe cale de consecință jurisprudența nu constituie izvor de drept.

Cu toate acestea se poate constata faptul că instanțele nu ajung adesea la soluții unitare în interpretarea și aplicarea unui text legal. Un rol esențial în fixarea și unificarea practicii judiciare îl are Înalta Curte de Casație și Justiție, aceasta având competența de a tranșa pe de o parte conflictele dintre instanțele inferioare cât și să “impună” o anumită “interpretare”. Aceste soluții sunt invocate uneori ca precedente judiciare în activitatea instanțelor de soluționare a cauzelor, împrejurare în care practicii judiciare i se recunoaște rolul de creator de drept.

Pe lângă aspectele menționate, trebuie amintit faptul că nu numai instanțele aplică dreptul ci și organele administrative. Actele administrative apar ca rezultate în urma procesului de aplicare și interpretare a legii, iar practica administrativă la rândul său formează un corp de soluții ce apare de asemenea în procesul aplicării legii.

Cu toate acestea, la nivelul dreptului românesc există o rezervă privind recunoașterea caracterului de izvor de drept practicii judiciare. La baza acestei viziuni este învederat principiul separației puterilor în stat. În concordanță cu acest principiu, generarea legilor este exclusiv apanajul organelor legiuitoare, iar organelor judecătorești le revine doar competența de a aplica legea în cazuri concrete.

În viziunea sistemelor de drept ce aparțin familiei romano-germanice, doar în acest fel se poate asigura echilibrul funcțiilor puterii publice, respective: legislativă, executivă și judecătorească. Prin excepție, jurisprudenței ÎCCJ i se recunoaște totuși în dreptul privat rolul creator de drept.

Suntem de părere că și jurisprudența Curții Constituționale, mai exact deciziile de admitere a neconstituționalității unui act normativ, rezultate în cadrul contenciosului constituțional reprezintă un reper esențial în procesul creării dreptului în conformitate cu legea fundamentală.

În sistemele de drept ce aparțin familiei anglo-saxone, practicii judiciare continuă să-i fie recunoscut rolul de izvor de drept. În aceste sisteme de drept precedentului judiciar îi este recunoscut un rol esențial în formarea dreptului, judecătorul putând fi creator de lege și nu doar un simplu interpret al acesteia.

Accepțiunile noțiunii de lege. Întrucât noțiunea de lege a fost în mod abundent calificată drept fundament al practicii judiciare, dar și izvor de drept, considerăm esențial să menționăm ca în formularea „lege ca izvor de drept” trebuie să se înțeleagă noțiunea de lege în sens larg, respectiv act cu putere obligatorie.

Totuși, atragem atenția că noțiunea de “lege” este foarte cuprinzătoare incluzând în sensul comun atât legile (constituția, legile constituționale, legile organice) cât și celelalte acte juridice normative (hotărâri, ordonanțe, ordonanțe de urgență etc.). Pe baza criteriului formal și criteriului material, legea a fost definită ca “fiind actul juridic normativ adoptat de către organul legiuitor și după procedura stabilită în acest scop, prin care, în cadrul competenței sale legislative, acesta stabilește reguli generale și de aplicație repetată, a căror realizare este asigurată prin virtutea coercițiunii statale”³.

Concluzionând, regăsim în cadrul izvoarelor scrise ale dreptului legea, contractul, dar și practica judiciară în sistemului dreptului anglo-saxon și în cadrul dreptului European.

2. Practica judiciară – caracter obligatoriu sau caracter normativ

Adevărul juridic din spatele hotărârilor instanțelor de judecată. Hotărârile instanțelor conțin o judecată de valoare fundamentată pe aparatul probatoriu administrat în cauză ce ar trebui în mod ideal să reflecte o exactă descriere a unei situații de fapt și să permită o corectă aplicare a legii. În acest mod, se ajunge la un adevăr juridic ce stă la baza procesului deliberativ lăsat la lumina și înțelepciunea judecătorului. În acest mod hotărârea pronunțată în baza unei legi corect aplicată respectă principiul legalității și tranșează în mod juridic aspectele deduse judecății.

Prin mecanismul menționat se realizează justiția pentru părțile ce se adresează instanțelor de judecată. Adesea adevărul juridic din spatele unor hotărâri nu coincide cu dreptatea bazată pe echitate așteptată de părți. În acest context se poate menționa că adevărul juridic din spatele fondului este propriu contextului în care a fost dezbătut fondul în cadrul fiecărei spețe, iar hotărârea definitivă ce se bucură de autoritate de lucru judecat, indiferent de instanța ce a emis-o, este obligatorie pentru părțile în litigiu. Acest gen de hotărâri nu pot genera sau influența dreptul.

Există unele împrejurări în care o situație este soluționată în mod diferit de instanțe, iar din necesitatea unificării practicii judiciare se poate ajunge, *exempli gratia* prin intermediul unui recurs în interesul legii, la alegerea unei soluții

² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114>, accesat la data de 18.01.2019.

³ I. Deleanu, *Instituții și proceduri constituționale – în dreptul român și în dreptul comparat*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 86.

juridice cu caracter obligatoriu pentru instanțele de judecată. În acest caz, adevărul juridic particular nu se extinde asupra tuturor hotărârilor pronunțate de toate instanțele de judecată pe baza hotărârii instanței supreme prin care se dă o „interpretare” generală unei chestiuni soluționată diferit de instanțele de judecată, de vreme ce în hotărârea instanței supreme nu se evocă fondul.

Este esențial a se distinge în acest context adevărul juridic particular din spatele unei hotărâri juridice obișnuite ce evocă fondul, cu „interpretarea” data de instanța supremă unor concepte abordate diferit de către instanțele de judecată ce au dus la soluții juridice diferite, uneori contradictorii. Subliniem că întotdeauna când există două sau mai multe abordări și soluții juridice distincte ce se sprijină pe acestea, poate apărea o practică judiciară ce se poate îndepărta de soluționarea în echitate a cauzelor. În limbaj colocvial s-a spus ca poate apărea la un moment dat discrepanța între dreptate și justiție. Pentru evitarea acestor regretabile împrejurări, „interpretarea” juridică dată de instanța supremă trebuie să aibă în vedere o soluționare echitabilă a cauzelor.

Împrejurarea în care „dezlegarea este obligatorie pentru instanțe” conduce la ideea că deciziile ÎCCJ pronunțate, *exempli gratia* recursul în interesul legii, li se conferă efect de „lege”. De aceea, deciziile trebuie respectate și aplicate de către instanțe precum legile. În materie civilă potrivit art. 329 alin. 3 CPC, iar în materie penală potrivit art. 474 C. pr. pen. toți subiecții procesuali trebuie să țină seama de faptul că instanțele vor aplica decizia dată ca pe o lege.

Mai putem aminti Deciziile Curții Constituționale prin care sunt admise excepțiile de neconstituționalitate, cu caracter definitiv și general obligatoriu. În acest din urmă caz, Curtea a oferit prin decizii diferite interpretări diferite de exemplu expresiei „lege în vigoare”⁴. Astfel de împrejurări reprezintă interpretări diferite date la moment diferite unor concepte ce stau la baza raționamentului privind evaluarea constituționalității unei soluții legislative, fapt ce poate deschide perspectivele imprevizibilității rezolvării unui contencios constituțional, deși deciziile instanței de contencios constituțional sunt generale și obligatorii. Precizăm că art. 11 alin. 3 din Legea nr. 47/1992 republicată⁵ privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale prevede că hotărârile Curții Constituționale sunt general obligatorii și au putere numai pentru viitor.

În plan mai general se poate aminti că Hotărârea preliminară a Curții de Justiție a Uniunii Europene, potrivit art. 267 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene, este obligatorie pentru instanța de trimitere, dar numai în privința litigiului în cadrul căruia a fost formulată chestiunea prejudicială. Trebuie spus că hotărârea CJUE are un caracter obligatoriu pentru instanțele tuturor statelor membre de toate gradele. Totuși instanța care intenționează să interpreteze în alt mod o normă europeană deja interpretată de CJUE este obligată ca, anterior pronunțării deciziei sale, să se adreseze Curții, motivându-și opinia divergentă și solicitând o nouă hotărâre („sesizare de divergență”).

În activitatea lor jurisdicțională, instanțele de toate gradele au obligația generală să respecte principiul tratamentului egal în fața legii și principiul securității juridice. Acestor principii li se poate da eficiență numai dacă instanțele nu aleg, în mod arbitrar, să dea unui text de lege o „interpretare” diferită de cea sugerată, altfel spus să interpreteze legea diferit.

La rândul său, instanța supremă nu face decât sintetizeze hotărârile pronunțate într-un sens majoritar solid și coerent argumentat, în scopul de a declara acele hotărâri corecte. Instanța supremă doar atât poate face în limitele competenței, nu poate proceda la interpretarea unui act normativ asemeni legiuitorului. De aceea am folosit cu rezerve conceptul *interpretare*.

Caracterul normativ. Principiile enunțate presupun respectarea jurisprudenței de către instanțe, în măsura în care nu există motive prioritare care cer o altă interpretare. Se poate aminti ca unele decizii în interesul legii, nu au fost respectate nici de instanța supremă. Luând în considerare pe de o parte independența judecătorului și separația funcțiilor puterii într-un stat de drept, iar pe de altă parte caracterul uneori obligatoriu al practicii judiciare din sistemul de drept romano-german, apreciem că unele precizări se impun.

Conceptual de „forță obligatorie” a hotărârii instanței europene ori a deciziilor pronunțate în interesul legii și în cadrul contenciosului constituțional la nivelul dreptului românesc, ar putea fi înlocuit cu un alt concept, cel de „forță normativă” a acestuia⁶.

Pentru o bună administrare a justiției și pentru a se putea face o distincție mai clară între hotărârile judecătorești definitive ce cuprind adevăruri juridice mai mult sau mai puțin echitabile, dar particulare și obligatorii doar în spețele pronunțate și hotărârile care, netransând fondul unui litigiu, dau doar o interpretare unitară anumitor concepte în scopul unificării practicii judiciare sau armonizării legislației cu dispozițiile constituționale, apreciem că utilizarea terminologiei „caracter obligatoriu” sau „forță obligatorie” al acestora din urmă ar trebui înlocuită cu formula „caracter normativ” ori „forță normativă”.

Conceptul „normativ” este în mod incontestabil mult mai cuprinzător și mult mai adecvat. Sigur acesta trebuie să reflecte caracterul de reper al unui anumit tip de hotărâri pronunțate de o anumită instanță. Aceste hotărâri ar trebui să reprezinte un adevărat „ghid” pentru instanțele de judecată, dar și pentru legiuitor. Apreciem că o utilizare mai

⁴ A se vedea Decizia nr. 766 din 15 iunie 2011, Decizia nr. 1167/2011 și Decizia nr. 64/2017 cu opiniile separate.

⁵ Legea nr. 47/1992, republicată în M. Of. nr. 807 din 3 decembrie 2010.

⁶ C. Thibierge et alii, *La force normativ. Naissances d'un concept*, L.G.D.J., Bruylant, 2009, citat de I. Deleanu, *op. cit.*, p. 404.

degrabă a conceptului „normativ” decât a conceptului „obligatoriu” la început în literatura de specialitate, poate inspira legiuitorul în elaborarea pe viitor a unei soluții legislative în acest sens.

3. Contribuția practicii judiciare la formarea dreptului

Practica judiciară contribuie în mod incontestabil la perfecționarea dreptului, aspect cu o vizibilitate tot mai mare în ultima perioadă. Influența menționată este mai pregnantă în cazurile în care legislația ce reglementează un anumit domeniu nu este unitară la nivel național și European, sau spre exemplu în materie penală unde pot fi menționate situații în care dispozițiile Codului Penal sunt completate sau substituite de legi speciale. Ne vom opri la câteva aspecte legislative perfectibile în materia traficului de droguri semnalate de practica judiciară, domeniu cu privire la care, cu alt prilej, am subliniat anumite aspect criminologice⁷.

Statul, trebuie, să aibă o acțiune proactivă în domeniul traficului de droguri cu privire la transpunerea în mod coerent a dispozițiilor internaționale în dreptul românesc, în considerarea că România este o țară ce trece treptat de la statutul de țară de tranzit la cea de destinație. În acest sens menționăm că se impune o mai mare rigoare în procesul legislativ pentru a evita generarea unor conjuncturi care pot influența negativ controlul traficului de droguri.

Apariția Legii 135/2010 privind Noul Cod de procedură penală⁸ a produs numeroase schimbări în plan legislativ, însă nu a fost ferit de unele omisiuni sau erori terminologice în domeniul urmăririi și sancționării diverselor tipuri de infracțiuni. Menționăm că au fost semnalate de practica judiciară strecurarea unor erori tocmai cu privire la măsurile preventive.

Cu prioritate amintim că, pentru măsurile prevăzute de art. 211-217 Cod procedură penală legiuitorul a omis să reglementeze durata pentru care se poate dispune măsura controlului judiciar și controlul judiciar pe cauțiune. Această eroare a fost sesizată în Dosarul nr. 3.407/296/2014 al Judecătoriei Satu Mare – Secția penală, unde cum era și firesc a fost invocată excepția de neconstituționalitate (în speță doar a art. 211 CPP).

Această excepție de neconstituționalitate învederează instanței a format obiectul Dosarului Curții Constituționale nr. 269 D / 2014. Potrivit Deciziei Curții Constituționale nr. 712/2014, punctul 26 s-a pronunțat în sensul că, art. 211-217 din Codul de procedură penală sunt neconstituționale, încălcând art. 23, art. 25, art. 26, art. 39, art. 41 și art. 45 raportate la art. 53 din Legea fundamentală.

Un al doilea aspect ce merită amintit este cel referitor la terminologia folosită pentru droguri în convențiile internaționale. Aceasta este diferită cel puțin de terminologia folosită în legislația românească. Această împrejurare a generat confuzii terminologice comise chiar de către legiuitor în momentul modificărilor legislative. Aceste erori au avut implicații majore în lupta împotriva traficului de droguri.

O eroare s-a strecurat în cadrul dispozițiilor art. 223 alin. 2 privind arestarea preventivă a traficantilor de droguri. Potrivit acestor prevederi legale: „*Măsura arestării preventive a inculpatului poate fi luată și dacă din probe rezultă suspiciunea rezonabilă că acesta a săvârșit o infracțiune intenționată contra vieții,..., o infracțiune de trafic de stupefianțe,...*”.

Această eroare privind terminologia *trafic de droguri* și *trafic de stupefianțe* a fost sesizată în Dosarul nr. 2.947/84/2014 al Tribunalului Sălaj – Secția penală. În acest caz a fost invocată excepția de neconstituționalitate care a format obiectul Dosarului Curții Constituționale nr. 121D/2015. Prin Decizia nr. 553 din 2015 Curtea Constituțională s-a pronunțat constatând neconstituționalitatea acestui text de lege. Vom reitiera pe scurt motivația Curții dată fiind importanța practică a acesteia.

Pentru a se pronunța în acest sens Curtea Constituțională a reținut că traficul de droguri și traficul de stupefianțe sunt noțiuni distincte, în considerarea faptului că drogurile și stupefianțele sunt noțiuni definite reglementate în acte normative distincte. Astfel, prin traficul de droguri se înțelege oricare dintre faptele incriminate la art. 2-10 din Legea nr. 143/2000, mai puțin faptele de consum de astfel de substanțe, pedepsite penal prin aceleași articole. Drogurile sunt definite, la art. 1 lit. b) din Legea nr. 143/2000, ca fiind plantele și substanțele stupefianțe ori psihotrope sau amestecurile care conțin asemenea plante și substanțe, prevăzute în tabelele nr. I – III. Substanțele stupefianțe sunt cele prevăzute la pct. I (1) din anexa la Legea nr. 339/2005.

Având în vedere cele menționate Curtea a constatat că, traficul de stupefianțe ar putea consta în aceleași fapte, având ca obiect substanțele din anexa la Legea nr. 339/2005.

În concluzie, Curtea a statuat că infracțiunea de trafic de stupefianțe, nu se regăsește definită în cuprinsul Codului penal sau al unei legi speciale, iar sensul noțiunii de trafic de stupefianțe, folosită de legiuitor în textul articolului 223 alin.2 cod procedură penal, « ***ar putea fi dedus doar prin interpretarea coroborată a dispozițiilor legale analizate, respectiv art. 2 lit. d) din Legea nr. 339/2005 și pct. I (1) din anexa la lege, precum și art. 1 lit. b) și***

⁷ In acest sens a se vedea Popescu T.V., Criminal Aspects of Drug Trafficking, Conference proceedings of 11th International RAIS Conference on Social Sciences and Humanities, organizata de Research Association for Interdisciplinary Studies (RAIS), Johns Hopkins University, Montgomery County Campus, Rockville, MD, USA, 19-20 noiembrie 2018, pp. 257-263, ISSN: 2578-8574, ISBN: 978-1-945298-16-5, indexată în IDEAS/RePEc, Econpapers, Google Scholar, CEEOL și SSRN, <http://rais.education/wp-content/uploads/2018/11/039TP.pdf>.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010.

art. 2-10 din Legea nr. 143/2000. Or, lipsa unei definiții clare a infracțiunii de „trafic de stupefiante” este de natură a genera interpretări diferite de către instanțele de judecată, cu ocazia aplicării dispozițiilor art. 223 alin. (2) din Codul de procedură penală, în contextul dispunerii măsurii arestării preventive».

Dispunerea măsurii arestului preventiv trebuie să se realizeze într-un cadru normativ clar, precis și previzibil, atât pentru persoana supusă acestei măsuri, cât și pentru organele de urmărire penală și pentru instanțele de judecată. Nerespectarea exigențelor reținute de instanța de control constituțional ar genera posibilitatea limitării într-un mod aleatoriu și subiectiv a unuia dintre drepturile fundamentale într-un stat de drept: libertatea individuală. În plan mai general, se poate menționa că exigențele privind calitatea, precizia și previzibilitatea legii, în acest context normativ, influențează, în mod direct dreptul persoanei la un proces echitabil, privit ca o garanție, a libertății individuale.

Nu în ultimul rând amintim că practica judiciară poate genera, în mod izolat și unele ambiguități, fără însă ca aceste scăpări să afecteze importanța acesteia la formarea noului drept. Cu privire la *individualizarea pedepsei în funcție de dispozițiile art. 16 din Legea nr. 143/2000* se pot face anumite considerații. Cu privire la natura juridică a dispozițiilor articolului menționat, evocăm punctul de vedere al Tribunalului București Secția I Penală exprimat în dosarul nr. 3635/2004, potrivit căruia acest articol nu creează privilegii sau discriminări, ci constituie o circumstanță atenuantă legală prin care legiuitorul a înțeles să o aplice numai unei categorii restrânse de făptuitori în scopul descoperirii în timp util și a altor persoane care au săvârșit infracțiuni legate de droguri.

În dosarul nr. 14526/3/2004 Tribunalul București Secția I Penală se dezice de propria-i calificare a dispozițiilor art. 16 din Legea 143/2000 și le califică drept o stare de atenuare a pedepsei și nu o circumstanță atenuantă⁹.

Doctrina juridică face distincție între stări și circumstanțe. Stările sunt anumite entități, fapte sau situații cu semnificație în ceea ce privește gradul de pericol al faptei, pericolozitatea infractorului care sunt reglementate în partea generală a Codului Penal ca instituții distincte cu efecte proprii de atenuare sau de agravare a pedepsei. Sunt considerate stări de agravare starea de recidivă, infracțiunea continuă sau infracțiunea continuată, iar stările de atenuare a pedepsei tentativa și minoritatea făptuitorului¹⁰. În consecință rezultă că dispozițiile art. 16 nu reprezintă o stare de atenuare a pedepsei, chiar dacă are același efect.

Circumstanțele de asemenea au fost definite în doctrină ca fiind situațiile realității exterioare conținutului infracțiunii ce se referă la fapta și ambianța ei, ori la făptuitor și biografia acestuia¹¹. Din aceste considerente rezultă că dispozițiile legale menționate nu pot fi încadrate ca circumstanțe atenuante legale așa cum a considerat Tribunalul București, Secția I Penală, cu toate că au ca efect reducerea pedepsei. Cu privire la influența pe care o exercită asupra pedepsei, cauzele modificatoare prevăzute de lege sunt generale și speciale¹².

Dispozițiile legale cuprinse în art. 16 din Legea nr. 143/2000 sunt cuprinse într-o lege specială cu dispoziții penale referitoare la prevenirea și combaterea traficului și consumului ilicit de droguri, ele având eficiență numai cu privire la infracțiunile cuprinse în această lege. Examinând opiniile exprimate în literatura de specialitate, menționăm că aceasta a statuat că natura juridică a dispozițiilor art. 16 este de cauză specială atenuantă de modificare a pedepsei și nu se poate considera nici stare de atenuare, nici circumstanță atenuantă¹³.

4. Practica extrajudiciară a unor instituții și noul drept

Practica extrajudiciară. Am subliniat în cele ce precedă că hotărârile judecătorești emise într-o procedură contencioasă sau necontencioasă pot influența în mod pozitiv dreptul, ducând chiar la perfectibilitatea soluțiilor legislative. Trebuie subliniat că procedura judiciară necontencioasă a condus la emiterea unor hotărâri judecătorești ce au influențat de-a lungul timpului dreptul.

Se circumscriau până nu demult procedurii judiciare necontencioase încheierile emise de judecătorii detașați la Birourile de carte funciară din cadrul judecătoriilor, precum și încheierile emise de judecătorii delegați la Registrul Comerțului ce funcționează pe lângă tribunale.

Ce s-a întâmplat cu aceste două vaste domenii cu o importanță esențială în peisajul dreptului actual reprezintă o întrebare legitimă căreia încercăm să-i oferim un răspuns *sine ira et studio*. În materia publicității imobiliare și în materia organizării și funcționării persoanelor juridice nu se mai regăsește de ceva vreme o practică judiciară necontencioasă. Pe lângă valoarea juridică teoretică, hotărârile pronunțate de judecătorii detașați la birourile de carte funciară și la oficiile Registrului Comerțului au avut o mare importanță practică în soluționarea unor aspecte esențiale în cele două domenii de o importanță considerabilă în peisajul dreptului românesc.

⁹ Dima T., Paun A.G., *Un alt mod de abordare a cauzei de reducere a pedepsei prevăzută de art. 16 din Legea nr. 143/2000 privind prevenirea traficului și consumului ilicit de droguri*, în *Dreptul* nr. 2/2008, p. 440.

¹⁰ C. Bulai, *Manual de drept penal. Partea generală*, Ed. All, București, 1997, p. 354.

¹¹ V. Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român. Partea generală*, vol. II, Ed. Academiei, București, 1969, p. 220.

¹² D. Lucinescu, *Comentariu în lucrarea Codul Penal al RSR comentat și adnotat* de V. Vasiliu și colaboratorii, Ed. Științifică, București, 1972, vol. I, p. 427, citat de T. Dima, A.G. Paun, *op. cit.*, p. 443.

¹³ T. Dima, A.G. Paun, *op. cit.*, p. 443.

Biroul de carte funciara. Unificarea sistemul cărților funciare a fost o necesitate practică odată cu reîntrirea în circuitul civil a terenurilor după 1989. Apariția Legii nr. 7/1996 Legea cadastrului și publicității imobiliare¹⁴ a reprezentat soluția legislativă ce a reglementat cadrul general și obligatoriu privind aspectele tehnice și juridice cu privire la unificarea sistemului de carte funciara.

Sugestive în privința modului de organizare a birourilor de carte funciara și a prezenței judecătorului în cadrul procedurii au fost art. 20 și 50 din lege în forma de la data apariției. Potrivit art. 20 „Cărțile funciare întocmite și numerotate pe teritoriul administrativ al fiecărei localități alcătuiesc, împreună, registrul cadastral de publicitate imobiliară al acestui teritoriu, ce se ține de către biroul de carte funciara al judecătoriei în a cărei rază teritorială de activitate este situat bunul respectiv”. Totodată art. 50 alin. 1 prevedea că În cazul în care judecătorul de la biroul de carte funciara admite cererea, dispune înscrierea prin încheiere.....

Încheierile reflectau controlul judecătoresc al dosarului prin care se solicitau înscrieri privind dreptul de proprietate imobiliară, dezmembrămintele sau sarcinile acestuia.

Legea a suferit o substanțială modificare la nivelul anului 2004, prin care art. 20 și art. 50 au fost modificate, în sensul că Activitatea de publicitate imobiliară în cadrul oficiilor de cadastru și publicitate imobiliară este în responsabilitatea unui registrator asimilat consilierului juridic (art. 20), iar în cazul în care registratorul admite cererea, dispune înscrierea prin încheiere. Apreciem raportat la activitatea practică întreprinsă, că retragerea controlului judecătoresc la înscrierile în cartea funciara a aspectelor juridice privind proprietatea imobiliară a generat numeroase neajunsuri în practică, cel mai important efect fiind o aglomerare inutilă a instanțelor de judecată cu plângeri împotriva unor încheieri eronate emise de registratori.

Cu toate acestea soluționare chiar corectă de către registratori a înscrierilor privind dreptul de proprietate imobiliară, dezmembrămintele sau sarcinile acestuia, exced practicii judiciare în prezent, deși prin acest mecanism se generează unele soluții juridice ce ar trebui să semnaleze aspecte legislative perfectibile.

Registrul Comerțului. Încă de la apariția Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale și a Legii nr. 26/1990 privind organizarea și funcționarea registrului comerțului, înregistrările privind nașterea persoanei juridice precum și orice mențiuni cu privire la elementele esențiale care o definesc prin actul constitutiv se fac numai în baza încheierii judecătorului delegat. Dispozițiile art. 6 din Legea nr. 26/1990 sunt clare în acest sens.

Cu toate că dispozițiile legale în materie subliniate sunt încă în vigoare, la acest moment, cererile privind acordarea personalității juridice sau orice mențiune cu privire la schimbarea actului constitutiv nu mai sunt soluționate de către judecători. Urmând modelul birourilor de carte funciara, la oficiile registrului comerțului cererile menționate se soluționează de către registratori și nu de judecători.

Deși activitatea practică a demonstrat în acest caz că acordarea competenței registratorilor de a soluționa cererile menționate asigură celeritatea activității, stăruie întrebarea dacă soluția aleasă este și legală. Întrebarea este legitimă atâta timp cât potrivit art. 6 din Legea nr. 26/1990 prevede că Înregistrările se fac numai în baza unei încheieri a judecătorului delegat sau, după caz, a unei hotărâri judecătorești definitive.

Semnalăm doar că cele două domenii evocate nu mai generează practică judiciară deși acest lucru ar fi necesar dreptului, iar în cazul oficiilor registrului comerțului chiar necesară dacă am trece peste aspectele de ordin practic.

4. Concluzii

Chiar dacă este sau nu considerată izvor de drept, sau dacă reprezintă un adevăr juridic particular ori o interpretare cu caracter normativ, practica judiciară a demonstrat mai cu seamă în ultima perioadă că poate contribui la perfecționarea noului drept. În acest sens menționăm că practica judiciară a contribuit și va contribui pe viitor la înlăturarea soluțiilor legislative neconstituționale sau la generarea unei soluții unitare cu caracter normativ pentru instanțele de judecată, privind aplicarea unor dispoziții legale.

Reprezintă de asemenea un motiv de îngrijorare faptul că practica birourilor de carte funciara și a registrului comerțului nu mai este judiciară. În ciuda unor aspecte pozitive aduse de noile modalități de soluționare a cererilor adresate acestor instituții, nu putem să nu subliniem că de-a lungul timpului, până nu demult, hotărârile judecătorilor au constituit sisteme de referință pentru activitatea legislativă în materie. Absența controlului judecătoresc poate deschide, mai cu seamă în cazul oficiilor registrului comerțului, unele polemici cu efecte negative asupra drepturilor deja câștigate de agenții economici, reflectate de încheieri adesea emise neconform.

Totodată menționăm că drept și practica judiciară trebuie să se influențeze reciproc. Așa cum practica judiciară vine să semnaleze aspecte perfectibile ale dreptului, acesta, la rândul său, trebuie să reglementeze clar și previzibil activitatea unor instituții ce emit soluții în domenii sensibile precum cele evocate cu titlu exemplificativ. Acolo unde deși legea există și nu este coerent aplicată dreptul trebuie să intervină cu o soluție care să stabilească fără echivoc soarta actelor deja emise, inclusiv de instanța supremă.

¹⁴ Publicată în M. Of. Nr. 61 din 26 martie 1996.

SUBIECȚII RĂSPUNDERII JURIDICE PENTRU ÎNCĂLCAREA OBLIGAȚIILOR DE SERVICIU

Subjects of Juridical Liability for Breach of Service Obligations

Adrian-Remus GHICULESCU*

Rezumat: *Articolul examinează succint principalele forme ale răspunderii juridice în cazul încălcării obligațiilor de serviciu, respectiv răspunderea civilă, penală, contravențională și disciplinară, sub aspectul subiecților activi și pasivi ai fiecărei forme de răspundere.*

Subiectul activ al răspunderii juridice reprezintă persoana titulară a dreptului de a trage la răspundere persoana care a săvârșit fapta ilicită. Subiectul pasiv al răspunderii juridice reprezintă persoana titulară a obligației de a suporta aplicarea sancțiunii juridice la care are dreptul cel vătămat prin fapta ilicită.

Subiect activ al răspunderii juridice pentru încălcarea obligațiilor de serviciu poate fi statul, autoritatea sau instituția publică, unitatea militară, angajatorul, organizația profesională sau orice persoană fizică ori juridică vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri.

Subiect pasiv al răspunderii juridice pentru încălcarea obligațiilor de serviciu poate fi funcționarul public (în sensul dispozițiilor art. 2 alin. 2 din Legea nr. 188/1999), demnitarul, magistratul, militarul, salariatul, liber profesionistul, voluntarul sau elevul ori studentul aflat în practică.

Toate formele de răspundere juridică au în comun principiul legalității incriminării și principiul legalității sancțiunilor.

Cuvinte-cheie: *răspundere civilă, răspundere penală, răspundere contravențională, răspundere disciplinară, subiect al răspunderii juridice.*

Abstract: *This article briefly examines the main forms of legal liability in the case of a public servant breaching their job duties namely civil liability, criminal liability, contraventional liability and disciplinary liability, in terms of the active and passive subjects of each form of legal liability.*

The active subject of legal liability is the person who holds the right to hold accountable the person who committed the unlawful act.

The passive subject of legal liability may be the person in charge of the obligation to enforce the legal sanction to which the injured party has the right to do so through the unlawful act.

An active subject of legal liability for breaching off service obligations may be the State, the public authority or institution, the military unit, the employer, the professional organization or any natural or legal person injured in his / her rights or in a legitimate interest by an administrative act or by failing to solve a request within the legal term.

Passive liability of legal liability for breach of duty may be a civil servant (within the meaning of Article 2, paragraph 2 of Law no. 188/1999), the dignitary, the magistrate, the military, the employee, the freelancer, the volunteer or the student or student in practice.

All the forms of legal liability have in common the principle of legality of the prosecution and the principle of legality of the sanctions.

Keywords: *civil liability, criminal liability, contraventional liability, disciplinary liability, subject of legal liability.*

I. Activitatea normativă reprezintă una dintre activitățile fundamentale din cadrul societății, alături de activitatea economică, activitatea spirituală și activitatea politică¹. Activitatea societății umane este supusă normativității sociale, adică unui ansamblu de norme, principii și reguli sociale. Normativitatea socială impune subiecților umani obligația de a înscrie conduita și acțiunile lor în limitele acesteia. Nerespectarea sau încălcarea acestei normativități declanșează prin consecință reacția socială de neacceptare, de respingere sau de condamnare a subiectului uman respectiv și de obligare a sa, sub imperiul unor anumite sancțiuni, de a se încadra în limitele normativității sociale².

Deoarece comportamentul uman are o sferă mai complexă de manifestare decât ar putea să o prevadă normele sociale existente la un moment dat, nu fiecare formă concretă de conduită are un corespondent direct într-o normă

* *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Judecător, Curtea de Apel Ploiești; e-mail: adrian.ghiculescu@yahoo.com

¹ Gusti D., Hersen T., *Elemente de sociologie*, Ed. Cartea Românească, București, 1941, p. 66-71.

² Bobos Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Argonaut, București, 1999, p. 332-355.

socială la care să se raporteze, oamenii având un larg spațiu de libertate pentru a-și alege singuri una sau alta din conduitele lor posibile. Chiar și în asemenea situații comportamentul uman – ca manifestare liberă a unei ființe raționale, conștiente – se raportează, totuși, la unele principii, norme, valori și repere ale existenței sociale.

Tocmai în acest moment al stabilirii opțiunii individului pentru o anumită conduită, din toate celelalte posibile, se declanșează mecanismul răspunderii sociale. Responsabilitatea însoțește libertatea, fiind un corolar al acesteia, deoarece individul uman, ca ființă rațională, și-a stabilit acea opțiune în mod conștient, adică responsabil.

În concluzie, responsabilitatea este un fenomen social care exprimă un act de angajare a individului în procesul integrării sociale. Responsabilitatea socială are diferite forme de manifestare, respectiv răspunderea morală, răspunderea juridică, răspunderea politică. Prin urmare, răspunderea socială apare ca o consecință a neîndeplinirii unei obligații sau îndatoriri sociale și reprezintă o relație socială specială care se stabilește între societate și individ, în care conduita individului este încadrată de societate în anumite limite și a căror nerespectare antrenează una sau alta din formele sancțiunilor sociale.

Diferența fundamentală între răspunderea morală și cea juridică este dată de tipul sancțiunii sociale antrenate de nerespectarea normelor morale, respectiv juridice. În timp ce nerespectarea normelor morale poate atrage disprețul public, nerespectarea normelor juridice atrage aplicarea unei sancțiuni juridice, sancțiune care poate fi impusă prin constrângere.

II. *Răspunderea juridică reprezintă o formă a răspunderii sociale ce constă în ansamblul de drepturi și obligații conexe care, potrivit legii, se nasc ca urmare a săvârșirii unor fapte ilicite și constituie cadrul în care se aplică și se execută sancțiunile juridice, cu scopul asigurării restabilirii ordinii de drept*³. Principiul responsabilității constituie unul dintre principiile fundamentale ale dreptului, iar acest principiu stă la baza instituției răspunderii juridice⁴.

În literatura juridică noțiunea de răspundere juridică nu este definită și explicată în mod unitar⁵. Cele mai multe sinteze definitorii sunt realizate din perspectiva dreptului civil și al dreptului penal în sensul înțelesului de „obligație” de a suporta sancțiunea civilă, respectiv penală. În același timp, răspunderea juridică nu este și nu poate fi privită doar ca o simplă „obligație de a suporta o sancțiune” ci, într-un înțeles mai larg, ca un raport juridic de constrângere care are ca obiect sancțiunea. De aici și concluzia că noțiunea de „răspundere juridică” și respectiv cea de „sancțiune” nu sunt identice sau sinonime. Ele sunt corelative și se presupun în mod reciproc, în sensul că *răspunderea juridică* implică *sancțiunea*, adică măsura coercitivă față de autorul faptei ilicite, sancțiunea fiind în acest context materializarea concretă a răspunderii. *Răspunderea* constituie, deci, cadrul juridic pentru aplicarea sancțiunii iar *sancțiunea* este măsura de constrângere concretă aplicată pentru încălcarea sau nerespectarea normei juridice.

Răspunderea juridică reprezintă un raport juridic de constrângere, care survine în cazul violării unei norme juridice. Ca orice raport juridic, răspunderea juridică presupune trei elemente:

1. subiectele, respectiv părțile raportului juridic de constrângere;
2. conținutul, respectiv complexul de drepturi și obligații care revin părților acestui raport;
3. obiectul, respectiv sancțiunea juridică aplicabilă, în temeiul normei juridice sau al convenției părților, autorului faptei ilicite.

Subiectul activ al răspunderii juridice reprezintă persoana titulară a dreptului de a trage la răspundere persoana care a săvârșit fapta ilicită.

Subiectul pasiv al răspunderii juridice reprezintă persoana titulară a obligației de a suporta aplicarea sancțiunii juridice la care are dreptul cel vătămat prin fapta ilicită.

Subiectele răspunderii juridice pot fi subiecte individuale, respectiv persoanele fizice sau subiecte colective, respectiv persoanele juridice.

Pentru ca o persoană fizică să devină subiect al răspunderii juridice, trebuie să îndeplinească două condiții, și anume: responsabilitatea; libertatea de acțiune.

Responsabilitatea exprimă starea psihofizică a persoanei care are capacitatea de a înțelege caracterul faptelor sale, de a realiza importanța și urmările acestora, precum și de a-și dirija în mod normal voința în raport cu propriile fapte.

Responsabilitatea reprezintă o condiție *sine qua non* pentru ca o persoană fizică să răspundă juridic pentru fapta săvârșită de ea și reprezintă o condiție pentru existența subiectului pasiv al răspunderii juridice.

Capacitatea de a răspunde implică în primul rând discernământul, respectiv capacitatea persoanei fizice de a-și da seama de caracterul periculos al faptei și de a-și manifesta conștient voința. Această capacitate nu trebuie privită în general, ci raportată la fapta ilicită concretă săvârșită. În consecință, nu au capacitate de a răspunde din punct de vedere juridic minorii și cei lipsiți de discernământ din cauza unor boli mintale.

Capacitatea de a răspunde mai presupune totodată și un complex de atribute juridice, adică existența unor drepturi și, mai ales, de obligații stabilite prin normele juridice, pentru a fi dobândite sau impuse celor care încalcă aceste norme.

³ Ceterchi I., Craiovan I., *Introducere în teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 1993, p. 105-111.

⁴ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Actami, București, 1996, p. 319-322.

⁵ Motica R., Mihai Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. All, București, 2001, p. 221-276.

În consecință, capacitatea de a răspunde juridic apare ca un complex de atribute naturale și juridice, în cadrul cărora, cele naturale condiționează pe cele juridice.

Libertatea de acțiune reprezintă posibilitatea persoanei fizice de a decide în mod liber asupra săvârșirii faptei ilicite și de a acționa conform propriei decizii, fără nicio constrângere din afară asupra voinței sale.

În situația în care o persoană fizică responsabilă a fost constrânsă să săvârșască fapta ilicită sau a săvârșit această faptă sub imperiul unei forțe căreia nu i-a putut rezista, lipsind libertatea de acțiune, fapta ilicită nu poate fi imputată acesteia.

Persoanele juridice pot fi subiecte active ale răspunderii juridice dar și subiecte pasive ale acesteia, în situația în care dispozițiile legale reglementează răspunderea persoanelor juridice.

Răspunderea juridică, ca și răspunderea socială, este o noțiune abstractă. În realitatea existenței sale, ea îmbracă formele concrete ale ramurii de drept în care intervine. De aceea, există mai multe forme de răspundere juridică: răspundere civilă; răspundere penală; răspundere contravențională; răspundere disciplinară.

Nerespectarea obligațiilor de serviciu poate atrage toate formele de răspundere juridică, respectiv răspunderea civilă, penală, contravențională sau disciplinară.

III. *Răspunderea civilă reprezintă o formă a răspunderii juridice care constă în ansamblul de drepturi și obligații conexe de natură civilă care, potrivit legii, se nasc ca urmare a săvârșirii unei fapte ilicite sau a nerespectării unei obligații contractuale, cauzatoare de prejudicii.*

Răspunderea civilă, la rândul său, se prezintă sub două forme:

- răspunderea civilă delictuală, care își are temeiul în săvârșirea unei fapte ilicite cauzatoare de prejudicii;
- răspunderea civilă contractuală, care își are temeiul în nerespectarea unei obligații contractuale, respectiv neexecutarea, executarea cu întârziere sau necorespunzătoare a acestei obligații.

În doctrină, se apreciază că răspunderea civilă delictuală alcătuiește dreptul comun al răspunderii civile care intervine atunci când este încălcată obligația generală de a nu vătăma drepturile sau interesele legitime ale altuia prin fapte ilicite, în timp ce răspunderea civilă contractuală are un caracter special și derogator deoarece intervine în situația în care este încălcată o obligație contractuală, stipulată într-un contract preexistent⁶.

În conformitate cu dispozițiile art. 254 alin.1 Codul muncii, salariații răspund patrimonial, în temeiul normelor și principiilor răspunderii civile contractuale, pentru pagubele materiale produse angajatorului din vina și în legătură cu munca lor.

Răspunderea patrimonială a salariaților reglementată de Codul muncii este o răspundere civilă contractuală care are ca temei obligațiile asumate de salariat prin încheierea contractului individual de muncă⁷.

Această formă de răspundere înlocuiește răspunderea materială reglementată anterior de Codul muncii din 1972 (art. 102-110).

Potrivit dispozițiilor art. 10 Codul muncii, contractul individual de muncă este contractul în temeiul căruia o persoană fizică, denumită salariat, se obligă să presteze munca pentru și sub autoritatea unui angajator, persoană fizică sau juridică, în schimbul unei remunerații denumite salariu.

Subiectul activ al răspunderii patrimoniale este angajatorul, în timp ce subiectul pasiv al acestei forme de răspundere este salariatul care nu a respectat obligațiile stipulate în contractul individual de muncă și a produs un prejudiciu angajatorului.

În afara răspunderii patrimoniale, care este o formă de răspundere contractuală, specifică dreptului muncii, salariatul vinovat de producerea unui prejudiciu poate răspunde și delictual, în situația în care fapta acestuia nu are legătură cu munca sau cu obligațiile prevăzute în contractul de muncă, precum și atunci când fapta salariatului este sancționată ca infracțiune.

O astfel de situație este aceea în care salariatul, fără nicio legătură cu atribuțiile sale de serviciu, distruge un bun din patrimoniul angajatorului.

De asemenea, salariatul delegat răspunde delictual în ipoteza producerii unei pagube în patrimoniul unității la care a fost delegat. Tot delictual va răspunde și salariatul temporar în situația producerii unei pagube în patrimoniul utilizatorului în folosul căruia muncește.

În ipoteza în care paguba este urmarea săvârșirii unei infracțiuni, angajatorul are posibilitatea să solicite repararea prejudiciului pe calea unei acțiuni civile alăturate celei penale, în baza dispozițiilor art. 14 alin. 2 Cod procedură penală. În această situație, salariatul va răspunde conform normelor și principiilor răspunderii civile delictuale.

Răspunderea materială a militarilor reglementată de O.G. nr. 121/1998, este o formă a răspunderii civile contractuale care constă în obligația militarilor de a repara, în condițiile și în limitele prevăzute de lege, prejudiciul cauzat unității militare, din vina și în legătura cu munca lor.

⁶ Stătescu C., Bârsan C., *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2008, p. 126-127.

⁷ Țiclea A., *Tratat de dreptul muncii – Legislație. Doctrină. Jurisprudență*, ed. a VI-a, revizuită și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 829-836.

Subiect activ al răspunderii materiale este întotdeauna unitatea militară, iar subiect pasiv este o persoană care are calitatea de militar. Prin militar, în sensul dispozițiilor art. 7 din Ordonanța Guvernului nr. 121/1998, se înțelege cadre militare, militari angajați pe bază de contract, rezerviști concentrați sau mobilizați, elevi și studenți ai instituțiilor militare de învățământ.

Răspunderea civilă a funcționarului public este reglementată de dispozițiile art. 84 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, republicată.

Potrivit acestor dispoziții legale, răspunderea civilă a funcționarului public se angajează:

- pentru pagubele produse cu vinovăție patrimoniului autorității sau instituției publice în care funcționează;
- pentru nerestituirea în termenul legal a sumelor ce i s-au acordat necuvenit;
- pentru daunele plătite de autoritate sau instituția publică, în calitate de comitent, unor terțe persoane, în temeiul unei hotărâri judecătorești definitive.

În primele două situații, repararea pagubelor se dispune prin emiterea de către conducătorul autorității publice a unui ordin sau a unei dispoziții de imputare ori, după caz, prin asumarea unui angajament de plată.

În cea de-a treia situație, repararea pagubelor se va face în baza hotărârii judecătorești definitive care constituie titlu executoriu.

Răspunderea civilă a funcționarului public reprezintă o formă a răspunderii civile delictuale care are ca temei normele juridice care reglementează activitatea funcționarilor publici și intervine în situația în care funcționarul public produce un prejudiciu autorității sau instituției publice prin săvârșirea unei fapte ilicite.

Subiect activ al acestei forme de răspundere civilă este autoritatea sau instituția publică, în timp ce subiect pasiv este întotdeauna funcționarul public care a produs un prejudiciu autorității sau instituției publice în care funcționează și care este obligat la repararea prejudiciului.

Potrivit dispozițiilor art. 2 alin. 2 din Legea nr. 188/1999, republicată, funcționarul public este persoana numită, în condițiile legii, într-o funcție publică, precum și persoana eliberată din funcția publică, dar aflată în corpul de rezervă al funcționarilor publici.

Între autoritatea sau instituția publică și funcționarul public care funcționează în cadrul acesteia se naște un raport de serviciu, în baza unui act administrativ de numire, emis în condițiile legii.

În consecință, raportul de serviciu al funcționarului public este supus normelor dreptului administrativ, spre deosebire de raportul de muncă, care este supus normelor dreptului muncii.

În conformitate cu dispozițiile art. 6 din Legea nr. 188/1999, republicată, prevederile acesteia nu se aplică personalului contractual salariat din aparatul propriu al autorităților și instituțiilor publice care nu exercită prerogative de putere publică. Răspunderea civilă a acestui personal este angajată în condițiile Codului muncii și nu în condițiile Statutului funcționarilor publici.

Potrivit dispozițiilor art. 16 alin. 1 din Legea contenciosului administrativ nr. 554/2004, persoana care a contribuit la elaborarea, emiterea, adoptarea sau încheierea unui act administrativ ori, după caz, se face vinovată de refuzul de a rezolva cererea referitoare la un drept subiectiv sau la un interes legitim, poate fi obligată la plata despăgubirilor către persoana vătămată, solidar cu autoritatea publică pârâtă.

În această ipoteză, subiectul activ al răspunderii civile este persoana vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, de către o autoritate publică, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri.

Subiectul pasiv al răspunderii civile este persoana care a contribuit la elaborarea, emiterea, adoptarea sau încheierea unui act administrativ ori, după caz, se face vinovată de refuzul de a rezolva cererea referitoare la un drept subiectiv sau la un interes legitim, respectiv demnitarul, funcționarul public sau personalul contractual care se încadrează în ipoteza respectivă, potrivit atribuțiilor de serviciu și naturii raportului juridic în care se află cu autoritatea publică⁸.

În cazul funcționarilor publici, răspunderea solidară este reglementată de dispozițiile art. 76 alin. 2 din Legea nr. 188/1999, republicată.

În baza dispozițiilor art. 16 alin. 2 din Legea nr. 554/2004, persoana acționată în justiție îl poate chema în garanție pe superiorul său ierarhic, de la care a primit ordin scris să elaboreze sau nu actul administrativ.

Dispozițiile Statutului funcționarilor publici nu sunt aplicabile nici magistraților sau persoanelor numite ori alese în funcții de demnitate publică.

Răspunderea civilă a magistraților este o formă a răspunderii civile delictuale care este reglementată de dispozițiile art. 96 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată, astfel cum au fost modificate prin Legea nr. 242/2018 și care se angajează în condițiile în care statul a răspuns patrimonial pentru prejudiciile cauzate printr-o eroare judiciară iar respectiva eroare judiciară a fost cauzată de magistrat ca urmare a exercitării funcției cu rea-credință sau gravă neglijență.

⁸ Bogasiu G., *Legea contenciosului administrativ comentată și adnotată*, ed. a IV-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 446.

În această situație, subiect activ al răspunderii civile delictuale este statul, prin Ministerul Finanțelor Publice, iar subiect pasiv al răspunderii este magistratul care și-a exercitat funcția cu rea-credință sau gravă neglijență.

Răspunderea civilă a persoanelor numite ori alese în funcții de demnitate publică nu este reglementată de norme speciale, astfel încât răspunderea civilă a acestora este atrasă în condițiile dreptului comun.

IV. Răspunderea penală reprezintă o formă a răspunderii juridice, născută ca urmare a săvârșirii unei infracțiuni, al cărei conținut constă în dreptul statului, ca reprezentant al societății, de a trage la răspundere pe infractor, de a-i aplica acestuia sancțiunea prevăzută de lege și de a-l constrânge să o execute, precum și obligația infractorului de a răspunde pentru fapta sa și de a se supune sancțiunii aplicate, în vederea restabilirii ordinii de drept.

Subiectele răspunderii penale sunt subiectele raportului juridic penal de constrângere. Subiectul activ este statul ca titular al dreptului de a exercita constrângerea prin aplicarea și obligarea la executarea sancțiunii prevăzută de norma penală care a fost încălcată. Subiectul pasiv este subiectul activ al infracțiunii, respectiv persoana fizică vinovată de săvârșirea unei infracțiuni sau de participarea, în calitate de coautor, instigator sau complice, la săvârșirea acesteia⁹.

În conformitate cu dispozițiile art. 135 Cod penal, subiect pasiv al răspunderii penale poate fi și persoana juridică, cu excepția statului și a autorităților publice, în cazul infracțiunilor săvârșite în realizarea obiectului de activitate sau în interesul ori în numele persoanei juridice.

Spre deosebire de stat și de autoritățile publice, care nu pot avea calitatea de subiect pasiv al răspunderii penale, instituțiile publice pot răspunde penal, cu excepția infracțiunilor săvârșite în exercitarea unei activități care nu poate face obiectul domeniului privat.

Legea penală incriminează anumite forme de încălcare a atribuțiilor de serviciu, care lezează sau pot leza grav funcționarea societății. Infracțiunile care sancționează penal nerespectarea unor obligații de serviciu sunt, în primul rând, cele prevăzute în Capitolul II, intitulat „Infracțiuni de serviciu” din Titlul V al Codului penal.

De asemenea, infracțiuni care sancționează penal nerespectarea unor obligații de serviciu sunt prevăzute și în anumite legi speciale, cum ar fi Legea securității și sănătății în muncă nr. 31/2006, Legea dialogului social nr. 62/2001, O.G. nr. 29/1997 privind Codul aerian civil, republicată etc.

Justificarea acestor incriminări ține de faptul că orice funcționar public trebuie să lucreze în interesul publicului și să protejeze interesele instituției publice pe care o conduce sau o deservește.

Subiectul activ al răspunderii penale pentru nerespectarea obligațiilor de serviciu este întotdeauna statul. Având în vedere specificul obligațiilor de serviciu, subiect pasiv al răspunderii penale pentru nerespectarea acestor obligații nu poate fi decât o persoană fizică, în primul rând salariatul sau funcționarul public.

În conformitate cu dispozițiile art. 10 Codul muncii, salariatul este orice persoană fizică care a încheiat un contract individual de muncă prin care s-a obligat să presteze munca pentru și sub autoritatea unui angajator, persoană fizică sau juridică, în schimbul unei remunerații numită salariu.

În Codul penal, noțiunea de „funcționar public” este definită de dispozițiile art. 175 alin.1. Astfel, funcționar public, în sensul legii penale, este persoana care, cu titlu permanent sau 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, altui operator economic sau a unei persoane juridice cu capital integral sau majoritar de stat, atribuții legate de realizarea obiectului de activitate al acesteia.

Noțiunea de „funcționar public” în dreptul penal are o sferă mult mai largă decât noțiunea de „funcționar public” astfel cum este definită în dreptul administrativ, respectiv prin Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici.

În conformitate cu dispozițiile art. 175 alin. 2 Cod penal, sunt asimilați funcționarilor publici, în sensul legii penale, persoanele care exercită un serviciu de interes public, pentru care au fost investite de autoritățile publice sau care sunt supuse controlului ori supravegherii acestora, cu privire la îndeplinirea respectivului serviciu public.

În această din urmă categorie intră notarii publici, executorii judecătorești, administratorii și lichidatorii judiciari, experții judiciari, funcționarii bancari, angajați ai unei societăți bancare cu capital integral privat, autorizate și aflate sub supravegherea Băncii Naționale a României.

Subiectul pasiv al răspunderii penale pentru săvârșirea infracțiunilor de serviciu reglementate de dispozițiile art. 295-307 Cod penal este calificat, respectiv trebuie să aibă calitatea de funcționar public.

Potrivit dispozițiilor art. 308 alin.1 Cod penal, anumite infracțiuni de serviciu, respectiv cele prevăzute de dispozițiile art. 295, art. 297-300 și art. 304 Cod penal, sunt incriminate și dacă sunt săvârșite de către sau în legătură

⁹ Bulai C., Bulai B. N., *Manual de drept penal – Partea generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2007, p. 310-311.

cu persoanele care exercită, permanent ori temporar, cu sau fără remunerație, o însărcinare de orice natură în serviciul oricărei persoane juridice, precum și în serviciul persoanelor fizice prevăzute de art. 175 alin. 2 Cod penal.

Interpretarea, restrictivă sau extensivă, a acestor dispoziții a generat numeroase controverse în jurisprudență și doctrină.

În categoria persoanelor care exercită o însărcinare în cadrul unei persoane juridice intră, în primul rând, salariații acesteia, respectiv persoanele care au încheiat un contract individual de muncă cu persoana juridică în calitate de angajator.

Deoarece expresia „însărcinare” sugerează o relație de autoritate între cel însărcinat și cel care îl însărcinează, apreciem că dispozițiile art. 308 alin.1 Cod penal se aplică și persoanelor care au un statut similar unui salariat, cu excepția acordării unei remunerații pentru munca prestată, cum ar fi voluntarii, elevii sau studenții aflați în practică etc.

Dimpotrivă, dispozițiile art. 308 alin.1 Cod penal nu se vor aplica acelor persoane care nu au un statut similar unui salariat, cum ar fi situația mandatarului, cu sau fără reprezentare.

V. Răspunderea contravențională reprezintă o formă a răspunderii juridice, care intervine în cazul săvârșirii unei contravenții identificate potrivit legii specifice în domeniul contravențiilor.

Potrivit dispozițiilor art. 1 din O.G. nr. 2/2001, legea contravențională apără valorile sociale, care nu sunt ocrotite prin legea penală.

Contravenția este o faptă ilicită, săvârșită cu vinovăție, care prezintă pentru societate un pericol mai redus decât infracțiunea și este prevăzută și sancționată ca atare de un act normativ¹⁰.

Subiect activ al răspunderii contravenționale este o autoritate publică, centrală sau locală, care are competența de a constata și aplica sancțiunea contravențională prin intermediul agenților săi constataatori.

Subiect pasiv al răspunderii contravenționale poate fi o persoană fizică sau juridică care a săvârșit o contravenție.

Datorită specificului obligațiilor de serviciu, subiect pasiv al răspunderii contravenționale pentru nerespectarea acestor obligații nu poate fi decât o persoană fizică, salariat sau funcționar public.

Răspunderea contravențională a angajatorului, respectiv a autorității sau instituției publice, nu exclude răspunderea contravențională a persoanei fizice care a săvârșit contravenția¹¹.

Răspunderea contravențională pentru nerespectarea obligațiilor de serviciu este reglementată în numeroase acte normative, cum ar fi Codul muncii, Legea dialogului social nr. 62/2010 etc.

În conformitate cu dispozițiile art. 83 alin. 1 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, răspunderea contravențională a funcționarilor publici se angajează în cazul când aceștia au săvârșit o contravenție în timpul și în legătură cu sarcinile de serviciu.

VI. Răspunderea disciplinară reprezintă o formă a răspunderii administrative care intervine în cazul săvârșirii unei abateri disciplinare.

Există două forme de răspundere disciplinară, respectiv răspunderea disciplinară a salariaților reglementată de Codul muncii și răspunderea disciplinară a persoanelor care exercită o funcție publică sau asimilată, în primul rând a funcționarilor publici.

Răspunderea disciplinară a salariaților este reglementată de dispozițiile art. 247 Codul muncii, care atribuie angajatorului prerogativa disciplinară.

Abaterea disciplinară este definită ca o faptă în legătură cu munca și care constă într-o acțiune sau inacțiune săvârșită cu vinovăție de către salariat, prin care acesta a încălcat normele legale, regulamentul intern, contractul individual de muncă sau contractul colectiv de muncă aplicabil, ordinele și dispozițiile legale ale conducătorilor ierarhici.

Codul muncii nu enumeră, în concret, abaterile disciplinare, acestea trebuie deduse implicit prin raportare la sarcinile de serviciu, generale și speciale, având în vedere diversitatea sarcinilor de serviciu.

Această formă a răspunderii disciplinare este de natură contractuală deoarece își are temeiul în contractul individual de muncă încheiat între salariat și angajator.

Încheierea contractului de muncă are ca efect principal subordonarea ierarhică, ca o condiție necesară organizării și eficienței muncii. Această subordonare ierarhică constituie temeiul autorizării angajatorului de a constata abaterile disciplinare și de a aplica sancțiunile prevăzute de dispozițiile art. 248 Codul muncii¹².

Subiect activ al răspunderii disciplinare din dreptul muncii este angajatorul care are prerogativa disciplinară, în timp ce subiect pasiv este salariatul care a săvârșit abaterea disciplinară.

Subiect pasiv al răspunderii disciplinare poate fi și salariatul delegat sau detașat, precum și elevul sau studentul care face practică la locul de muncă, aceștia din urmă în baza regulamentelor școlare și universitare.

¹⁰ Țiclea A., *Reglementarea contravențiilor*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2008, p. 7-8.

¹¹ Hotca M. A., *Regimul juridic al contravențiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 62.

¹² Preduț M. C., *Codul muncii comentat*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 452-454.

În temeiul dispozițiilor art. 248 alin. 2 Codul muncii, se poate stabili un alt regim al răspunderii disciplinare prin statute profesionale, aprobate prin lege specială.

Astfel, există reglementări speciale pentru personalul didactic, militari, personalul auxiliar de specialitate al instanțelor judecătorești și al parchetelor de pe lângă acestea, personalul din serviciile de probațiune etc.

Spre deosebire de răspunderea disciplinară din dreptul muncii, răspunderea disciplinară a funcționarilor publici nu are natură contractuală, temeiul acesteia fiind dispozițiile legale care reglementează exercitarea funcției publice.

Potrivit dispozițiilor art. 77 alin. 1 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici, abaterea disciplinară este definită ca fiind încălcarea cu vinovăție de către funcționarii publici a îndatoririlor corespunzătoare funcției publice pe care o dețin și a normelor de conduită profesională și civică prevăzute de lege.

În cazul funcționarilor publici, abaterile disciplinare sunt limitativ enumerate de dispozițiile art. 77 alin. 2 din Legea nr. 188/1999.

Subiect activ al răspunderii administrativ-disciplinare este autoritatea sau instituția publică față de care se răsfrâng consecințele abaterii disciplinare și în a cărei competență intră tragerea la răspundere a făptuitorului.

Subiect pasiv al răspunderii administrativ-disciplinare este funcționarul public care a săvârșit o abatere disciplinară.

Răspunderea disciplinară a magistraților are temeiul în dispozițiile legale care reglementează statutul judecătorilor și procurorilor.

În conformitate cu dispozițiile art. 98 alin. 1 din Legea nr. 303/2004 privind statutul judecătorilor și procurorilor, republicată, judecătorii și procurorii răspund disciplinar pentru abaterile de la îndatoririle de serviciu și pentru faptele care afectează prestigiul justiției.

Abaterile disciplinare care pot atrage răspunderea disciplinară a magistraților sunt prevăzute de dispozițiile art. 99 din Legea nr. 303/2004, precum și de dispozițiile art. 101-105, art. 107 din Legea nr. 161/2003.

În situația răspunderii disciplinare a magistraților, subiect activ al răspunderii este statul, în timp ce subiect pasiv este judecătorul sau procurorul care a săvârșit abaterea disciplinară.

Potrivit dispozițiilor art. 101 din Legea nr. 303/2004, sancțiunile disciplinare se aplică magistraților de secțiile Consiliului Superior al Magistraturii, în condițiile Legii nr. 317/2004.

Răspunderea disciplinară este reglementată și prin statutele unor profesii liberale, cum ar fi notarii publici, avocații, executorii judecătorești etc. În toate aceste situații, abaterile disciplinare sunt limitativ prevăzute în statutele respective.

Subiect activ al răspunderii disciplinare este, în acest caz, organizația profesională reglementată de statut, iar subiect pasiv al răspunderii este liber profesionistul care a săvârșit abaterea disciplinară.

VII. În concluzie, se poate afirma că încălcarea obligațiilor de serviciu poate atrage diferite forme de răspundere juridică, respectiv răspunderea civilă, penală, contravențională sau disciplinară.

Toate aceste forme de răspundere juridică au în comun principiul legalității incriminării și principiul legalității sancțiunilor, principii formulate în mod tradițional prin adagiile *nullum crimen sine lege* și *nulla poena sine lege*.

Subiect activ al acestor forme de răspundere poate fi statul, autoritatea sau instituția publică, angajatorul, unitatea militară, organizația profesională sau orice persoană fizică ori juridică vătămată într-un drept al său ori într-un interes legitim, printr-un act administrativ sau prin nesoluționarea în termenul legal a unei cereri, în timp ce subiect pasiv poate fi salariatul, funcționarul public (în sensul dispozițiilor art. 2 alin. 2 din Legea nr. 188/1999), demnitarul, magistratul, militarul, liber profesionistul, voluntarul, elevul sau studentul aflat în practică.

Respectarea obligațiilor de serviciu, atât în domeniul public cât și în domeniul privat, este esențială pentru buna funcționare a activităților sociale și, în ultimă instanță, a statului de drept.

ASPECTE PRACTICE PRIVIND EXCEPȚIA NECOMPETENȚEI TERITORIALE ÎN CAMERA PRELIMINARĂ

Practical Aspects Regarding The Exception of the Territorial Incompetence in The Preliminary Chamber

Denisa BARBU*

Rezumat: În lucrarea de față vor fi analizate modalitățile în care sunt evaluate în această fază procesuală cererile și excepțiile referitoare la legalitatea și loialitatea urmăririi penale pentru a cunoaște: a) care sunt titularii dreptului de a formula/invoca cereri și excepții; b) data până la care acestea pot fi formulate; c) obiectul criticilor care pot fi aduse urmăririi penale; d) situațiile în care se dispune restituirea cauzei la parchet sau cazurile în care se dispune începerea judecării.

După terminarea urmăririi penale procurorul va verifica dacă au fost respectate dispozițiile legale care garantează aflarea adevărului, dacă urmărirea penală este completă și există probele necesare și legal sau loial administrate și va dispune trimiterea în judecată a inculpatului prin rechizitoriu atunci când din materialul de urmărire penală rezultă că fapta există, că a fost săvârșită de inculpat și că acesta răspunde penal. Dincolo de modificările de substanță, procedura camerei preliminare se plasează din punct de vedere istoric în succesiunea instituției camerei de acuzare prevăzută de art. 279 C. pr. pen. 1936, care avea competența de a dispune trimiterea inculpatului în fața Curții cu Jurați, atunci când se constata existența de probe și indicii temeinice împotriva inculpatului¹.

În momentul actual, procedura camerei preliminare are o filozofie diferită de instituția ședinței pregătitoare prevăzută în art. 269-279 C. pr. pen. care a fost în vigoare între anii 1953-1957 și abrogată prin decretul nr. 473 din 20 septembrie 1957, în cadrul căreia era realizată o analiză atât a temeiniciei trimiterii în judecată, cât și a legalității urmăririi penale sau a caracterului complet al acesteia. Această procedură era nepublică, însă la aceasta putea participa procurorul și, în mod excepțional, învinuitul, dacă instanța consideră necesară prezența acestuia.

Cuvinte-cheie: camera preliminară, necompetență teritorială, excepție, procuror.

Abstract: The present paper will examine the ways in which the claims and exceptions relating to the legality and loyalty of the prosecution are assessed at this stage in order to know: a) who are the holders of the right to formulate/invoke claims and exceptions; b) the date until which they can be formulated, c) the subject of the criticisms that may be done by the prosecution, d) the situations in which the case is ordered to be restituted to the Prosecutor's Office or the cases in which the opening of the court is ordered.

After the criminal prosecution has been completed, the prosecutor will check whether the legal provisions guaranteeing the truth have been complied with, whether the criminal prosecution is complete and that there are necessary and lawful or loyal administrative evidence and that the defendant is sued by the indictment when the criminal investigation material that the deed exists, that it was committed by the defendant and that he is criminally responsible. Beyond the substantive changes, the preliminary chamber procedure is placed historically in the succession of the institution of the indictment chamber provided by art. 279 C.c.p. 1936, which had the power to order the referral of the defendant to the Court of Jurists, when there is evidence and solid evidence against the defendant.

Keywords: the preliminary chamber, territorial incompetence, the exception, the prosecutor.

Considerații generale

Obiectul procedurii de cameră preliminară² constă în verificarea, după trimiterea în judecată a inculpatului prin rechizitoriul procurorului, a următoarelor aspecte:

a) competența instanței;

Se va verifica dacă instanța a fost sesizată cu o faptă care să atragă competența respectivei instanțe, iar nu temeinicia acuzației;

Judecătorul de cameră preliminară își va verifica și propria competență (materială, teritorială și personală), iar în cazul în care va constata că nu este competent să efectueze procedura de cameră preliminară, va dispune *prin încheiere definitivă* declinarea cauzei în vederea parcurgerii procedurii de cameră preliminară la judecătorul de cameră preliminară din cadrul instanței competente.

* Lect. univ. dr., Univ. Valahia Târgoviște, Facultatea de Drept și Științe Administrative; e-mail: denisa.barbu77@yahoo.com.

¹ M. Udriou, *Sinteze și grile, Procedura penală. Partea specială*, Ed. C.H. Beck, București, 2016, p. 147.

² Conform art. 342 C. pr. pen.

Nu sunt excluse în această fază procesuală declinările reciproce de competență și constatarea existenței unui conflict negativ de competență.

b) competența organelor de urmărire penală (cauză de nulitate relativă urmăririi penale dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute de art. 282 C. pr. pen.);

Se va verifica competența materială, personală și funcțională a organelor urmărire penală.

În ipoteza în care competența este determinată după calitatea persoanei, nu este necesar ca toți inculpații să fi avut calitatea prevăzută de lege, fiind suficient ca unul dintre aceștia să fi avut calitatea ce atrage derogarea de la normele de competență materială.

Efectuarea urmăririi penale de către un organ de urmărire penală necompetent va putea conduce la restituirea cauzei la parchet în măsura în care se dovedește vătămarea drepturilor procesuale ale părților și subiecților procesuali care au invocat această excepție, vătămare care să nu poată fi înlăturată altfel decât prin anularea actelor de urmărire penală.

c) regularitatea actului de sesizare;

Verificarea regularității rechizitoriului constituie un element distinct de verificarea legalității actelor de urmărire penală, rechizitoriul nefiind un act de urmărire penală, ci actul de sesizare a instanței care este emis de către procuror după finalizarea fazei procesuale a urmăririi penale.

În mod întemeiat s-a reținut în doctrină³ că validitatea rechizitoriului este independentă de legalitatea ori de sancțiunile aplicate actelor de urmărire penală și că *nelegalitatea actelor de urmărire penală nu este de natură să atragă, prin ea însăși, nelegalitatea sesizării instanței.*

Aspecte practice

Într-o speță, s-a pus problema necompetenței teritoriale atât a Tribunalului Dolj, cât și a Tribunalului Ilfov, întrucât fapta de aderare la un grup organizat în vederea săvârșirii unei complicități la furt de combustibil a avut loc în Mogoșoaia, jud. Ilfov, însă combustibilul a fost vândut în zona Craiovei.

În ceea ce privește competența materială și teritorială, DIICOT – Serviciul Teritorial Craiova a efectuat în mod legal urmărirea penală, întrucât exista un proces-verbal de sesizare din oficiu din data de 28 februarie 2014, chiar dacă nu s-a respectat ordinea legală impusă de dispozițiile art. 41 alin. 1 C. pr. pen., iar în ceea ce privește competența instanței, așa cum prevede și art. 41 alin. 5 C. pr. pen. „*ordinea de prioritate prevăzută în art. 41 alin. 1 C. pr. pen. se reia, atunci când urmărirea penală s-a făcut cu nerespectarea acestei ordini*”, ceea ce înseamnă că se aplică **art. 41 alin. 1 lit. a) C. pr. pen., instanța competentă fiind cea de la locul săvârșirii infracțiunii.**

Având în vedere că procesul-verbal de sesizare este pentru săvârșirea infracțiunii de furt prin aderare la grup infracțional, infracțiune care a fost săvârșită la depozitul din Mogoșoaia, jud. Ilfov, dar combustibilul a fost vândut în Dolj, așa cum este precizat și în rechizitoriul „*potrivit datelor existente la dosar, susnumiții în complicitate cu agenții de pază... sustrăgeau combustibil din vagoanele cisternă, combustibil ce era depozitat într-o clădire dezafectată, păzită de Cojocaru... Motorina era apoi transportată... și comercializată clienților de pe raza județului Dolj sau Municipiul București,*” considerăm că se aplică art. 41 alin. 2 C. pr. pen. care prevede că „*prin locul săvârșirii infracțiunii se înțelege locul unde s-a desfășurat activitatea infracțională, în tot sau în parte, ori locul unde s-a produs urmarea acesteia*”, raportat la art. 41 alin. 1 lit. a) C. pr. pen. și implicit se discută de o competență egală, instant competentă fiind atât Tribunalul Ilfov, cât și Tribunalul Dolj, dar în cazul nostru, în caz de conflict de competență, Tribunalul Dolj rămâne competent, deoarece a fost sesizat primul.

Menționăm că prin decizia Curții de apel Craiova s-a constatat că rechizitoriul este neregularitar întocmit și s-a dispus în baza art. 347 C. pr. pen. admiterea contestațiilor declarate de inculpate împotriva încheierii pronunțată de judecătorul de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Dolj. De asemenea, desființează încheierea pronunțată și trimite cauza spre rejudecare la judecătorul de cameră preliminară din cadrul Tribunalului Dolj.

În baza art. 342 C. pr. pen. raportat la art. 41, art. 47 C. pr. pen., Tribunalul Dolj admite excepția necompetenței teritoriale a Tribunalului Dolj, ridicată din oficiu de către judecătorul de cameră preliminară. Declină soluționarea cauzei în favoarea Tribunalului Ilfov.

DIICOT – serviciul teritorial Ilfov ridică excepția necompetenței teritoriale a Tribunalului Ilfov, iar în baza art. 346 alin. 6, raportat la art. 342 C. pr. pen., judecătorul de cameră preliminară admite excepția necompetenței teritoriale a Tribunalului Ilfov invocată de reprezentantul Ministerului Public. În baza art. 50 alin. 1, 3 și 4 raportat la art. 36 alin. 1 lit. c) C. pr. pen. declină competența de soluționare a cauzei privind inculpații trimiși în judecată prin Rechizitoriul Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – DIICOT – Serviciul Teritorial Craiova sub aspectul săvârșirii infracțiunilor de constituire a unui grup infracțional organizat și furt calificat în formă continuată, prevăzut de art. 367 alin. 1 C. pen. și art. 228 alin. 1 C. pen., raportat la art. 229 alin. 3 lit. a) C. pen., cu aplicarea art. 35 alin. 1 C. pen., ambele cu aplicarea art. 38 alin. 1 C. pen., în favoarea Tribunalului Dolj. În baza art. 51 alin. 1 și 2 C. pr. pen. constată ivit conflictul negativ de competență între Tribunalul Ilfov și Tribunalul Dolj. În baza art. 51, alin. 4 C. pr. pen. dispune înaintarea prezentului dosar către Înalta Curte de Casație și Justiție – Secția Penală, instanță

³ I. Kuglay, în M. Udrioiu, *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 905.

ierarhic superioară comună, în vederea soluționării conflictului creat. Soluția judecătorului de camera preliminară este definitivă.

Preluând criteriile stabilite în jurisprudența Curții Europene cu privire la *calitatea legii de a fi previzibilă*⁴, ca o aplicație a influenței culturii juridice asupra legislației penale⁵, apreciem că aceleași exigențe pot fi reținute *mutatis mutandis*, și în analiza efectuată de judecătorul de cameră preliminară cu privire la regularitatea actului de sesizare. Așadar, trebuie determinat dacă acuzația a fost formulată *cu o suficientă precizie*, astfel încât să permită inculpatului (care la nevoie poate apela consultanță de specialitate din partea unui avocat ales sau desemnat din oficiu) să înțeleagă fapta de care este acuzat, încadrarea juridică a acesteia și tratamentul sancționator⁶.

Precizarea datei sau a unui interval de timp precis determinat în care procurorul susține că au fost comise faptele este deosebit de importantă; în raport de această situație concretă, inculpatul își va putea pregăti ulterior apărarea, instanța va putea verifica dacă susținerile inculpatului sunt veridice sau constituie doar un alibi neconfirmat de probele administrate; în plus, din perspectiva dreptului substanțial lipsa precizării datei faptei pune inculpatul în imposibilitate de a invoca dispozițiile legii penale mai favorabile ori incidența unor cauze care înlătură răspunderea penală (de pildă, prescripția răspunderii penale).

Se vor putea reține drept ipoteze de neregularitate a actului de sesizare care atrag imposibilitatea stabilirii obiectului și limitelor judecății⁷:

1. Existența unei situații de fapt echivoce descrise în rechizitoriu care nu face posibilă stabilirea faptei concrete imputate inculpatului (inclusiv în ipotezele în care nu se poate determina data comiterii faptei) sau a faptelor imputate fiecărui participant la comiterea infracțiunii (de exemplu, în cazul acuzației de comitere a infracțiunii de șantaj va constitui o neregularitate a actului de sesizare neindicarea, pentru fiecare din inculpați în parte, a persoanelor asupra cărora s-ar fi exercitat activitatea de constrângere, nedescrierea acțiunilor concrete de constrângere exercitate de fiecare dintre inculpați, în raport de persoanele vătămate, neindicarea acțiunilor pe care fiecare dintre inculpați ar fi trebuit să le desfășoare în cadrul infracțiunii/infracțiunilor de șantaj; tot astfel, va exista o neregularitate a actului de sesizare în cazul imposibilității determinării persoanelor acuzate în legătură cu fiecare din situațiile de fapt redată din rechizitoriu, a activității concrete a fiecăreia dintre persoanele inculpate, precum și a cuantumului prejudiciului pe care procurorul a înțeles să-l rețină în raport cu acuzațiile formulate și persoanele inculpate);

2. Existența unor incongruențe între faptele pentru care a fost începută urmărirea penală *in rem*, cele pentru care s-a dispus continuarea efectuării urmăririi penale față de suspect sau punerea în mișcare a acțiunii penale și cele pentru care s-a dispus trimiterea în judecată;

3. Imposibilitatea stabilirii numărului infracțiunilor de care este acuzat inculpatul, respectiv a actelor materiale ce intră în conținutul unității legale în cazul infracțiunii continuate sau al concursului de infracțiuni;

4. imposibilitatea stabilirii modalității de comiterii a faptei imputate inculpatului în ipoteza infracțiunilor cu conținuturi alternative sau a acuzațiilor referitoare la participarea penală sub forma complicității morale;

5. Punerea în mișcare a acțiunii penale direct prin rechizitoriu;

6. Omisiunea procurorului de a pune în mișcare acțiunea penală pentru toate infracțiunile pentru care s-a dispus trimiterea în judecată.

Pot exista însă situații în care discrepanța dintre situația de fapt reținută și încadrarea juridică să conducă la reținerea neregularității actului de sesizare prin imposibilitatea determinării obiectului și limitelor judecății (de pildă, reținerea unității legale de infracțiune sub forma continuată în condițiile descrierii unui singur act de executare)⁸.

În camera preliminară nu se verifică temeinicia acuzației formulate prin actul de sesizare (de pildă, existența unui suport probatoriu al situațiilor de fapt descrise în rechizitoriu sau caracterul lacunar ori insuficient al probatoriului) și nici legalitatea sau temeinicia încadrării juridice reținute în actul de sesizare, ori existența unui impediment dintre cele prevăzute de art. 16 C. pr. pen.⁹ (de exemplu, în ipoteza în care, după punerea în mișcare a acțiunii penale și până la emiterea rechizitoriului inculpatul a decedat, omisiunea procurorului de a efectua verificări în sensul constatării decesului, nu poate constitui un element de neregularitate a actului de sesizare, dacă identitatea acestui inculpat a fost menționată în rechizitoriu, iar fapta de care este acuzat este descrisă în mod neechivoc, putându-se stabili obiectul și

⁴ Legea trebuie să fie previzibilă, adică să fie redactată cu suficientă precizie, în așa fel încât să permită oricărei persoane — care la nevoie poate apela la consultanță de specialitate — să își corecteze conduita (CEDO, hotărârea din 22 noiembrie 1995, în cauza *S. W. c. Marii Britanii*, par. 34-36). Această exigență de „previzibilitate” a dispoziției de drept este destinată să protejeze principiul securității juridice și este respectată „în cazul în care persoana poate să cunoască din conținutul dispoziției aplicabile și, la nevoie, cu ajutorul interpretării date acesteia de tribunale, ce acțiuni și omisiuni îi angajează răspunderea penală” (Fr. Sudre, *Drept european și internațional al drepturilor omului*, op. cit., p. 310). Previzibilitatea legii nu se opune ca persoana interesată să fie nevoită să recurgă la o consiliere pentru a evalua, în mod rezonabil față de împrejurările cauzei, consecințele ce ar putea decurge dintr-o anumită acțiune (CEDO, hotărârea din 13 iulie 1995, în cauza *Tolstoy Miloslavsky c. Marii Britanii*, par. 37).

⁵ Claudiu Ramon D. Butculescu, *Considerații privind influența culturii juridice asupra codificării în România în perioada 1864-2009*, Știință și Codificare în România, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 368.

⁶ M. Udroui, op. cit., p. 167.

⁷ *Ibidem*.

⁸ M. Udroui, op. cit., p. 176.

⁹ *Ibidem*.

limitele judecății; în această situație, la primul termen de judecată instanța va dispune încetarea procesului penal, soluție care nu intră în competența funcțională a judecătorului de cameră preliminară)¹⁰.

În cazul în care prin rechizitoriu s-au dispus atât soluții de trimitere în judecată, cât și soluții de netrimitere în judecată (clasare sau renunțarea la urmărirea penală), verificarea legalității actului de sesizare a instanței se va raporta doar la soluțiile de trimitere în judecată. Soluția de clasare poate fi verificată sub aspectul legalității și temeiniciei de judecătorul de cameră preliminară în cadrul *competențelor derivate* numai în ipoteza formulării unei plângerii, potrivit procedurii prevăzute de art. 340 și 341 C. pr. pen., în vreme de soluția de renunțare la urmărirea penală va fi supusă procedurii interne și judiciare de verificare a legalității și temeiniciei în condițiile art. 31 alin. (10)-(16) C. pr. pen. Prin urmare, prin cererile și excepțiile formulate în camera preliminară participanții nu pot supune analizei judecătorului aspectele de nelegalitate sau netemeinicie ale soluției de neurmărire/netrimitere în judecată, în această fază a procesului penal judecătorul neavând competența funcțională să procedeze și la analiza acestor soluții, față de dispozițiile art. 342 C. pr. pen.;

Nelegalitatea actelor de urmărire penală nu conduce în toate cazurile la constatarea și a nelegalității sesizării instanței; în acest sens, în jurisprudență s-a arătat că „regularitatea sesizării privește exclusiv aspecte *de formă și de fond* intrinseci actului de investire (...) orice alte aspecte de legalitate privind modul de efectuare a urmăririi penale nu vizează regularitatea investirii (...)”¹¹. Totuși, se va constata nelegala sesizare a instanței și în ipoteza în care inculpatul a fost trimis în judecată sub acuzația de a fi comis o faptă pentru care nu a fost începută sau extinsă urmărirea penală ori în ipoteza în care pentru una sau mai multe fapte nu a fost pusă în mișcare acțiunea penală sau aceasta a fost pusă în mișcare în mod nelegal prin rechizitoriu; aceste neregularități nu pot fi remediate de procuror în faza camerei preliminare, constatarea lor atrăgând soluția restituirii cauzei la parchet.

d) legalitatea și loialitatea administrării probelor în cursul urmăririi penale, pentru a verifica incidența sancțiunii derivate a *excluderii* [sancțiunea excluderii este derivată din sancțiunea nulității astfel cum rezultă din prevederile art. 102 alin. (3) C. pr. pen.];

Se va verifica dacă dreptul la apărare al inculpatului a fost respectat în cursul urmăririi penale în procesul de administrare a probatoriului sau dacă este incident vreunul dintre cazurile de nulitate absolută prevăzute de art. 281 alin. (1) lit. e) și f) C. pr. pen. sau a unei alte încălcări a legii în procesul de administrare a probelor care să atragă incidența nulității relative în condițiile art. 282 C. pr. pen.

Concluzii

Având în vedere că au fost admise cererile și excepțiile inculpaților și s-a dispus trimiterea spre rejudecare vorbindu-se și de excepția de necompetență teritorială, trebuie subliniate dispozițiile art. 346 alin. 6 C. pr. pen. raportat la art. 50 C. pr. pen. și art. 51 C. pr. pen., care se aplică în mod corespunzător.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ I.C.C.J., completul de 9 judecători, Decizia nr. 280/2006, www.scj.ro.

RĂSPUNDEREA PENALĂ A ALEȘILOR LOCALI – TENDINȚE DE RACORDARE LA NOILE PROVOCĂRI LEGISLATIVE ȘI JURISPRUDENȚIALE

Criminal Liability of Local Elected – Tendencies of Compliance With The New Legislative Jurisprudential Challenges

Alexandru Mihnea CERCHEZ*

Rezumat: *Infracționalitatea în rândul aleșilor reprezintă, actualmente, un fenomen cu o amplă răspândire și, totodată, o reală problemă cu care se confruntă autoritățile judiciare, atât din perspectiva complexității fenomenului dar și a pericolului social pe care îl reprezintă, raportat la consecințele negative generate la nivelul societății, în ansamblu. Aleșii locali răspund din perspectivă penală pentru infracțiunile săvârșite în exercitarea atribuțiilor de serviciu, infracțiuni care acoperă un spectru foarte larg de domenii, societatea românească, în ansamblul ei și administrația publică, în special, confruntându-se cu o situație alarmantă.*

Activitatea infracțională a aleșilor afectează grav bunul mers al administrației publice, prin punerea în pericol a stabilității organizaționale a instituțiilor și autorităților publice, prin subminarea principiilor de bună administrare, echitate și justiție socială, prin generalizarea fenomenului corupției și, nu în ultimul rând, prin erodarea încrederii cetățenilor în factorii de decizie din sfera administrației publice.

Cuvinte-cheie: *răspundere juridică, răspundere penală, sancțiune penală, faptă ilicită.*

Abstract: *The criminality among elected representatives is now a phenomenon with a wide spread and at the same time a real problem faced by the judicial authorities, both in terms of the complexity of the phenomenon and the social danger it represents, in relation to the negative consequences generated at the level society as a whole.*

Local elected representatives are criminally responsible for crimes committed in the performance of their service duties, crimes covering a wide range of domains, Romanian society as a whole, and public administration in particular, facing an alarming situation.

The criminal activity of the elected officials seriously affects the good functioning of the public administration by jeopardizing the organizational stability of the public institutions and authorities by undermining the principles of good administration, equity and social justice, by generalizing the phenomenon of corruption and, last but not least, by the erosion citizens' trust in decision makers in the public administration sphere.

Keywords: *legal liability criminal liability, criminal sanction, unlawful deed.*

Răspunderea juridică penală a aleșilor reprezintă o formă particulară a răspunderii juridice penale care constă într-un ansamblu de drepturi și obligații instituite prin norme juridice și care se angajează urmarea săvârșirii unor fapte ilicite prin care se aduc atingere dispozițiilor legale relative la statutul acestora în administrația publică centrală sau locală și care reprezintă temeiul aplicării unor sancțiuni specifice¹.

Aleșii locali sunt persoane investite de lege cu prerogative de putere publică, activitatea acestora desfășurându-se cu respectarea limitelor instituite de lege, a căror încălcare duce la exces de putere, fiind create astfel premisele angajării răspunderii penale. În literatura de specialitate, există studii care tratează cauzele infracționalității în rândul aleșilor locali, în special al celor cu funcții de execuție, precum primarii, și care vizează, cu precădere, conceptul de corupție, concept amplu analizat în doctrină².

În acord cu dispozițiile Constituției României „autoritățile administrației publice prin care se realizează autonomia locală în comune și orașe sunt consiliile locale alese și primarii aleși, în condițiile legii”³. La nivelul unităților administrativ teritoriale, regăsim din punct de vedere al structurii, un organ colegial, reprezentat de consiliul local, cu rol deliberativ și un organ unipersonal, reprezentat de primar, cu rol executiv. Instituțiile primarului, președintelui consiliului județean, a viceprimarului și a vicepreședintelui consiliului județean sunt instituții fundamentale care și-au pus amprenta pe administrația publică românească, iar persoanele care ocupă aceste funcții își asumă, din momentul primirii mandatului, o mare responsabilitate, atât față de cetățeni, cât și față de statul pe care îl reprezintă.

* Mediator –SCPM „Cercez&Asociații”; e-mail: cerchezalex@yahoo.com.

¹ Pupăzan C. G., *Răspunderea penală a aleșilor*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 25.

² Ușvat C. Fl., *Infracțiunile de corupție în contextul reglementărilor europene*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, p. 38; Danileț C., *Corupția și anticorupția în sistemul juridic*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 41-54.

³ Constituția României publicată în M. Of. nr. 767 din 31.10.2003.

Răspunderea penală a primarului. Primarul reprezintă autoritatea executivă prin intermediul căreia se realizează autonomia locală, aleasă pe baza scrutinului uninominal de către cetățenii cu drept de vot, bucurându-se astfel de legitimitate ridicată la nivelul unității administrativ-teritoriale, dar și de numeroase prerogative menite să asigure realizarea obiectivelor mandatului, respectiv satisfacerea intereselor cetățenilor la nivel local.

Din perspectiva dispozițiilor legii fundamentale conform căreia „administrația publică din unitățile administrativ-teritoriale se întemeiază pe principiile descentralizării, autonomiei locale și deconcentrării serviciilor publice”⁴, primarul reprezintă o autoritate administrativă autonomă legal investită cu o competență necesară rezolvării treburilor publice din unitățile administrativ-teritoriale⁵. Primarul, deși se bucură de o paletă largă de atribuții, puse la dispoziție de legiuitor în vederea realizării obiectivelor mandatului și care relevă importanța acestei funcții în administrația publică locală, reprezintă doar o componentă a structurii dualiste de conducere a unității administrativ-teritoriale⁶. Legiuitorul instituie, pe cale de consecință, un organ deliberativ de conducere, respectiv consiliul local, în vederea configurării mecanismului de luare a deciziilor la nivel deliberativ-executiv, cu rol esențial pentru funcționarea eficientă a comunității locale.

Din perspectiva legislației administrative, aparatul de specialitate al primarului are o denumire specifică – instituția primăriei⁷, instituție la nivelul căreia, primarul este organul de conducere, acționând ca un veritabil angajator, având toate drepturile și obligațiile corelative decurgând dintr-o astfel de funcție⁸. Activitatea infracțională a primarului, în calitate de conducător al instituției primăriei, se poate materializa sub mai multe forme, respectiv prin nerespectarea regimului incompatibilităților sau a conflictelor de interese în exercitarea mandatului, prin încălcarea regulilor disciplinei fiscale, prin încălcarea drepturilor angajaților urmarea nerespectării hotărârilor judecătorești definitive pronunțate de către instanțele de judecată, prin îngrădirea drepturilor sindicale sau a dreptului la grevă, ori prin neluarea măsurilor necesare pentru garantarea sănătății și securității muncii a funcționarilor publici sau a angajaților, aceste fapte urmând să fie analizate raportat la modul în care sunt incriminate în alte ramuri de drept, dar și de specificul lor, în ipoteza în care sunt săvârșite de către primarul angajator, în calitate de subiect activ al infracțiunii⁹.

Astfel, Codul penal sancționează, prin raportare la legislația muncii, fapta angajatorului de a nu pune în executare hotărârile judecătorești definitive privind plata salariilor și reintegrarea în muncă a salariaților sau de a nu permite organelor competente să își îndeplinească atribuțiile legale de control, în acest sens fiind dispozițiile art. 287 alin. 1 lit. d) și e) C. pen. care incriminează nerespectarea hotărârilor judecătorești¹⁰. Primarul, în calitate de conducător al instituției primăriei, calitate în care acesta emite dispoziții de numire a funcționarilor publici, respectiv semnează contractele individuale de muncă ale salariaților din aparatul de specialitate, este subiect activ al infracțiunii reglementate prin dispozițiile art. 287 alin. 1 lit. d) și e) C. pen., în ipoteza refuzului de a îndeplini o astfel de obligație¹¹. În materia relațiilor de muncă, este relevantă și infracțiunea incriminată prin dispozițiile art. 264 alin. (2) și (3) Codul muncii conform căreia constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la o luna la un an sau cu amenda penală „fapta persoanei care, în mod repetat, stabilește pentru salariații încadrați în baza contractului individual de muncă salarii sub nivelul salariului minim brut pe țară prevăzut de lege”¹². Cu aceeași pedeapsă se sancționează și infracțiunea constând în refuzul nejustificat al unei persoane de a prezenta organelor competente documentele legale, în scopul împiedicării verificărilor privitoare la aplicarea reglementărilor generale și speciale în domeniul relațiilor de muncă, securității și sănătății în muncă, în termen de cel mult 15 zile de la primirea celei de-a doua solicitări, dar și infracțiunea constând în împiedicarea sub orice formă a organelor competente de a intra, în condițiile prevăzute de lege, în sedii, incinte, spații, terenuri sau mijloace de transport pe care angajatorul le folosește în realizarea activității lui profesionale, pentru a efectua verificări privitoare la aplicarea reglementărilor generale și speciale în domeniul relațiilor de muncă, securității și sănătății în muncă¹³. Primarul, raportat la calitatea de conducător al instituției publice, este subiect activ al acestor infracțiuni, întrucât modalitatea de organizare a activității în instituția primăriei intră în sfera lui de competență, asigurând, prin intermediul șefilor compartimentelor de specialitate din cadrul aparatului propriu de lucru, cadrul optim realizării controlului, permițând astfel inspectorilor de muncă accesul în instituție, sau la documentele sau actele juridice care fac obiectul controlului.

Activitatea de control a organelor competente din cadrul Inspecției Muncii vizează și modul în care este respectată legislația referitoare la securitatea și sănătatea în muncă la nivelul autorității publice, inspectorii de muncă fiind obligați să înștiințeze organele competente în ipoteza în care constată încălcări ale legislației referitoare la

⁴ Constituția României publicată în M. Of. nr. 767 din 31.10.2003.

⁵ Popa E., *Mari instituții ale dreptului administrativ*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 135.

⁶ Pupăzan C.G., *Răspunderea penală a aleșilor*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 42.

⁷ Legea administrației publice locale nr. 215 din 23 aprilie 2001, publicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

⁸ Legea dialogului social nr. 62 din 10 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 365 din 30.05.2012.

⁹ Pupăzan C.G., *Răspunderea penală a aleșilor*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 48.

¹⁰ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

¹¹ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

¹² Codul muncii al României, republicat în M. Of. nr. 345 din 18.05.2011.

¹³ Codul muncii al României, republicat în M. Of. nr. 345 din 18.05.2011.

securitatea și sănătatea în muncă și care întrunesc elementele constitutive ale unei infracțiuni. Conform dispozițiilor art. 349 alin. (1) C. pen. „neluarea vreuneia dintre măsurile legale de securitate și sănătate în muncă de către persoana care avea îndatorirea de a lua aceste măsuri, dacă se creează un pericol iminent de producere a unui accident de muncă sau de îmbolnăvire profesională, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă”, iar conform aliniatului (2) „fapta prevăzută în alin. (1) săvârșită din culpă se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă”¹⁴. Asigurarea securității și sănătății în materia relațiilor de muncă revine angajatorului, respectiv primarului unității administrativ-teritoriale, acesta având astfel calitatea de subiect activ al infracțiunii incriminate prin dispozițiile art. 349 C. pen.

Protecția salariaților și a funcționarilor publici implică și garantarea drepturilor sindicale, în special a dreptului la grevă, drept consacrat prin dispozițiile art. 43 alin. (1) din Constituția României, ale art. 233 Codul muncii, ale art. 181 din Legea nr. 62/2011 a dialogului social, dar și prin dispozițiile art. 30 din Legea nr. 188/1999 privind Statutul funcționarilor publici. Garantarea drepturilor sindicale se realizează atât prin reglementarea unor măsuri active de ocrotire dar și prin incriminarea faptelor care tind la împiedicarea sau limitarea exercitării acestor drepturi. Astfel, conform dispozițiilor art. 218 alin. (1) din Legea nr. 62/2011 a dialogului social „constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă de la 20.000 lei la 50.000 lei fapta persoanei care, prin amenințări ori prin violențe, împiedică ori obligă un angajat sau un grup de angajați să participe la grevă ori să muncească în timpul grevei”, iar potrivit alin. 2 al aceluiași articol „condiționarea sau constrângerea, în orice mod, având ca scop limitarea exercitării atribuțiilor funcției membrilor aleși în organele de conducere ale organizațiilor sindicale constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă”¹⁵. Legiuitorul, incriminând aceste infracțiuni, tinde la realizarea intereselor profesionale, economice sau sociale ale tuturor persoanelor care, în calitate de angajați, sunt părți în raporturile juridice de muncă și, totodată, pentru asigurarea echilibrului de forțe între partenerii dialogului social. Partenerii dialogului social sunt, la nivelul instituției primăriei, funcționarii publicii, respectiv salariații reprezentați prin sindicate și unitatea administrativ teritorială, reprezentată prin primar, căruia îi revin toate drepturile și obligațiile consacrate de lege, în calitate de parte a raportului de dialog social. Primarul, în calitate de șef al aparatului de specialitate, poate fi subiect activ al infracțiunilor incriminate prin dispozițiile Legii nr. 62/2011 a dialogului social, având puterea de a limita respectivele drepturi instituite prin legislația muncii, în condițiile instituite prin norma de incriminare¹⁶.

Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale reglementează două dintre principalele funcții ale primarului, respectiv funcția de ordonator principal de credite al bugetului local și funcția de administrator al patrimoniului colectivității locale, în virtutea cărora primarului îi incumbă obligația de a respecta, dar și de a asigura respectarea disciplinei fiscale în vigoare la nivelul unității administrativ teritoriale pe care o conduce, luând măsuri pentru combaterea fenomenului infracțional în materie financiar-fiscală dar și asigurarea evidențierii, inventarierii și controlului serviciilor publice și a patrimoniului privat și public al unității administrativ-teritoriale, conform dispozițiilor legale¹⁷. Îndeplinirea atribuțiilor legale de către primar, raportat și la calitatea sa de autoritate autonomă a administrației publice locale, nesubordonată ierarhic, sunt garantate de incriminările consacrate prin dispozițiile Codului penal, dar și prin dispozițiile legilor speciale, precum dispozițiile Legii nr. 273/2006 privind finanțele publice locale, dispozițiile Legii nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a României. Activitatea de control a Curții de Conturi, ale cărei atribuții se exercită la nivel local județene și cea a Municipiului București, urmărește constatarea abaterilor de la legalitate și regularitate, care au generat producerea de prejudicii unității administrativ-teritoriale, dar și luarea măsurilor în vederea recuperării prejudiciilor cauzate, acest ultim aspect văzându-l pe conducătorul instituției publice, căruia îi incumbă obligația de a lua măsurile legale necesare pentru restabilirea legalității și acoperirii prejudiciilor cauzate statului, în caz contrar, angajându-se răspunderea penală a acestuia. Astfel conform dispozițiilor art. 64 alin. (1) din Legea nr. 94/1992 privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a României „nerecuperarea prejudiciilor, ca urmare a nedisponerii și a neurmăririi de conducerea entității a măsurilor transmise de Curtea de Conturi, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la un an sau cu amendă. Dacă fapta prevăzută la alin. (1) a fost săvârșită din culpă, pedeapsa este amenda”¹⁸. Subiectul activ al acestei infracțiuni este unul calificat, respectiv primarul unității administrativ teritoriale, organ executiv de conducere al acesteia, ori de câte ori acesta nu a dispus și nu a urmărit realizarea tuturor măsurilor legale dispuse de către organul de control, acțiuni care pot fi săvârșite cu intenție sau din culpă.

Infracțiunile contra patrimoniului și de serviciu consacrate în Codul penal precum gestiunea frauduloasă incriminată prin dispozițiile art. 242 Cod penal, delapidarea incriminată prin dispozițiile art. 295 Cod penal și deturnarea de fonduri incriminată prin dispozițiile art. 307 Cod penal au implicații directe relativ la modul de

¹⁴ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

¹⁵ Legea dialogului social nr. 62 din 10 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 365 din 30.05.2012.

¹⁶ Legea dialogului social nr. 62 din 10 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 365 din 30.05.2012.

¹⁷ Legea administrației publice locale nr. 215 din 23 aprilie 2001, publicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

¹⁸ Legea privind organizarea și funcționarea Curții de Conturi a României nr. 94 din 8 septembrie 1992, publicată în M. Of. nr. 238 din 3 aprilie 2014.

administrare a fondurilor publice și de gestiune a patrimoniului unităților administrativ-teritoriale, conținutul acestor infracțiuni putând fi adaptat specificului relațiilor sociale privind patrimoniul și bugetul autorităților publice locale¹⁹. Subiectul activ al acestor infracțiuni este unul calificat în persoana primarului căruia îi incumbă, la nivelul structurii executive a unității administrativ-teritoriale atribuții privind administrarea patrimoniului și atribuții privind bugetul local și serviciile publice asigurate cetățenilor concretizate în întocmirea bugetului local, a contului de încheiere a exercițiului bugetar, administrarea serviciilor publice, contractarea de împrumuturi, încheierea de contracte administrative, în vederea valorificării bunurilor aparținând domeniului public sau privat al statului, prin concesionarea, închirierea sau vânzarea acestora.

Totodată, Legea nr. 273/2006 privind finanțele publice locale incriminează prin dispozițiile sale o altă infracțiune contra patrimoniului care vizează direct bugetul local. Astfel, potrivit dispozițiilor art. 77 din legea specială sus menționată, constituie infracțiuni următoarele fapte: angajarea, ordonanțarea și efectuarea de plăți peste limitele maxime ale sumelor aprobate la partea de cheltuieli, prin bugetele prevăzute la art. 1 alin. (2) din lege (bugetele locale ale comunelor, orașelor, municipiilor, sectoarelor municipiului București, județelor și municipiului București; bugetele instituțiilor publice finanțate integral sau parțial din bugetele locale, după caz; bugetele instituțiilor publice finanțate integral din venituri proprii; bugetele împrumuturilor externe și interne, pentru care rambursarea, plata dobânzilor, comisioanelor, spezelor și a altor costuri se asigură din bugetele locale și care provin din: împrumuturi externe contractate de stat și subîmprumutate autorităților administrației publice locale și/sau agenților economici și serviciilor publice din subordinea acestora etc.²⁰. Subiectul activ al acestor infracțiuni este unul calificat în persoana ordonatorului de credite a bugetelor comunelor, orașelor sau municipiilor, calitate pe care o deține primarul sau a bugetelor județene, caz în care această calitate o deține președintele consiliului județean.

Ocrotirea patrimoniului unităților administrativ-teritoriale reclamă și corecta înregistrare și evidențiere a bunurilor, obiect al proprietății publice și private, dar și a drepturilor și obligațiilor cu valoare patrimonială, obiectiv realizat printr-o activitate specializată denumită contabilitate publică²¹. În ceea ce privește răspunderea pentru organizarea și conducerea contabilității, aceasta incumbă primarului care are obligația de a lua toate măsurile în vederea organizării unui compartiment financiar-contabil, la nivelul unității administrativ-teritoriale, capabil să asigure serviciul contabil.

Actualmente, relațiile sociale privind corecta desfășurare a activităților privind întocmirea și păstrarea documentelor contabile, sunt ocrotite prin Codul penal care incriminează prin dispozițiile art. 321 infracțiunea de fals intelectual în capitolul destinat infracțiunilor de fals în înscrisuri. Infracțiunea de fals intelectual se particularizează atât din perspectiva obiectului, dar și din perspectiva subiectului activ sau pasiv. Subiectul activ al infracțiunii de fals intelectual este unul calificat prin calitatea de funcționar public pe care o deține persoana care are ca atribuții de serviciu și ținerea corectă a evidenței contabile. În cadrul instituției primăriei pot avea calitatea de subiect activ, funcționarii publici cu atribuții de conducere, conducători ai compartimentelor de specialitate din cadrul primăriei, respectiv directorul economic sau contabilul-șef, ca autori unici. Totodată, aceștia pot săvârși fapta de fals intelectual, în coautorat cu funcționarii publici din subordine care au participat la săvârșirea faptei, în mod nemijlocit. Primarul nu poate avea calitatea de *autor* al acestei infracțiuni, întrucât realizarea activității contabile reclamă o pregătire de specialitate, condiție îndeplinită doar de către funcționarii publici din cadrul compartimentului de specialitate, dar poate participa la săvârșirea infracțiunii doar în calitate de instigator sau complice, conform dispozițiilor Codului penal²².

Totodată, în vederea prevenirii conflictelor de interese în exercitarea demnităților sau a funcțiilor publice, dar și în vederea consolidării încrederii cetățenilor în autoritatea statului, au fost adoptate o serie de reglementări adaptate la specificul relațiilor sociale privind prestigiul demnității și funcției publice, particularizate pe categorii de persoane ce ocupă demnități și funcții publice, fiind vizați și aleșii locali. Prin trimitere la calitatea de primar, viceprimar, președinte sau vicepreședinte de consiliu județean, consilier local sau județean, au fost stipulate dispoziții menite să reglementeze regimul conflictelor de interese în actele normative din materia administrației publice, în acest sens fiind dispozițiile art. 46 din Legea nr. 215/2001 a administrației publice locale, dispozițiile art. 74-83 din Legea nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali. Totodată, dispozițiile Legii nr. 161/2003 privind unele măsuri pentru asigurarea transparenței în exercitarea demnităților publice, a funcțiilor publice și în mediul de afaceri, prevenirea și sancționarea corupției și dispozițiile Legii nr. 144/2007 privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Integritate autoritatea administrativă autonomă, cu personalitate juridică, aflată sub coordonarea și supravegherea Parlamentului României²³.

¹⁹ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

²⁰ Legea privind finanțele publice locale, nr. 273 din 29 iunie 2006, în M. Of. 18 iulie 2006, nr. 618.

²¹ Legea contabilității nr. 82 din 24 decembrie 1991, publicată în M. Of. nr. 454 din 18 iunie 2008.

²² Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

²³ Legea privind înființarea, organizarea și funcționarea Agenției Naționale pentru Integritate nr. 144 din 21 mai 2007, publicată în M. Of. nr. 535 din 03 august 2009.

Din perspectiva răspunderii penale, în legislația actuală, este reglementată infracțiunea de conflict de interese prin dispozițiile art. 301 Cod penal conform căreia „fapta funcționarului public care, în exercitarea atribuțiilor de serviciu, a îndeplinit un act ori a participat la luarea unei decizii prin care s-a obținut, direct sau indirect, un folos patrimonial, pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori pentru un afîn până la gradul II inclusiv sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de foloase de orice natură, se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani și interzicerea exercitării dreptului de a ocupa o funcție publică²⁴. Primarul, poate săvârși infracțiunea în calitate de autor, în ipoteza îndeplinirii unui act corespunzător calității sale de organ unipersonal de conducere precum emiterea unei dispoziții, semnarea unui contract administrativ de închiriere, concesiune, prestări servicii, în numele unității administrativ-teritoriale cu aprobarea consiliului local, realizând direct sau indirect un folos patrimonial pentru sine, pentru soțul său, pentru o rudă ori pentru un afîn până la gradul II inclusiv sau pentru o altă persoană cu care s-a aflat în raporturi comerciale ori de muncă în ultimii 5 ani sau din partea căreia a beneficiat ori beneficiază de foloase de orice natură. În ceea ce privește ipoteza participării la luarea unei decizii, aceasta este proprie structurilor colegiale, consilii locale sau județene, comisii de concurs sau de licitații etc., fiind improprie calității de organ executiv și, implicit, calității de primar.

Legea reglementează, totodată, în sarcina aleșilor locali obligația declarării averii și obligația de a-și face publice interesele personale printr-o declarație pe proprie răspundere, în condițiile Statutului aleșilor locali, în vederea ocrotirii mandatului dar și în vederea consolidării prestigiului funcției publice. În accepțiunea dispozițiilor art. 74-80 din Legea privind Statutul aleșilor locali privind registrul de interese conform căreia „aleșii locali sunt obligați să își facă publice interesele personale printr-o declarație pe propria răspundere, depusă în dublu exemplar la secretarul comunei, orașului, municipiului, sectorului municipiului București, respectiv la secretarul general al județului sau al municipiului București, după caz²⁵. Din perspectiva răspunderii penale, conform dispozițiilor art. 325 Cod penal „fapta de a introduce, modifica sau șterge, fără drept, date informatice ori de a restricționa, fără drept, accesul la aceste date, rezultând date necorespunzătoare adevărului, în scopul de a fi utilizate în vederea producerii unei consecințe juridice, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani²⁶. Subiectul activ este unul calificat în persoana alesului local, respectiv primarul, viceprimar, consilier local, vicepreședinte de consiliu județean, președinte de consiliu județean, consilier județean. Infracțiunea se consumă în momentul înregistrării declarației de interese care nu corespunde adevărului în registrul de interese păstrat de autoritatea publică competentă.

În acord cu dispozițiile Legii administrației publice locale primarul are și calitatea de reprezentant al statului în teritoriu, în unitatea administrativ-teritorială, în temeiul căreia îi incumbă obligația de a asigura respectarea dispozițiilor Constituției, a drepturilor și libertăților fundamentale ale cetățenilor, dar și obligația de a pune în aplicare actele normative adoptate de autoritățile publice centrale²⁷. Totodată, primarul acționează la nivelul unității administrativ-teritoriale, în calitate de reprezentant al statului și în ceea ce privește exercitarea atribuțiilor de ofițer de stare civilă, luarea măsurilor de protecție civilă, organizarea și desfășurarea alegerilor sau îndeplinirea sarcinilor ce îi incumbă în temeiul dispozițiilor legale relative la recensământ. Statul, cu respectarea principiului subsidiarității și autonomiei locale, pune la dispoziția primarului, prin intermediul structurilor sale deconcentrate, doar acele pârghii absolut necesare realizării acestor obiective, limitând orice exces de putere al primarului care ar pune în pericol realizarea democrației locale²⁸.

Legea penală ocrotește valorile care caracterizează comunitatea, Codul penal incriminând prin dispozițiile art. 369 infracțiunea de incitare la ură sau discriminare care constă în „incitarea publicului, prin orice mijloace, la ură sau discriminare împotriva unei categorii de persoane se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă²⁹. Infracțiunea de incitare la ură sau discriminare se particularizează și din perspectiva subiectului, putând fi subiect activ al infracțiunii orice persoană, inclusiv o persoană care ocupă o funcție publică. În scopul combaterii faptelor de natură să aducă atingere relațiilor de conviețuire socială, Codul penal incriminează, prin dispozițiile art. 368 și infracțiunea de instigare publică care constă în „fapta de a îndemna publicul, verbal, în scris sau prin orice alte mijloace, să săvârșească infracțiuni se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 3 ani sau cu amendă, fără a se putea depăși pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea la săvârșirea căreia s-a instigat³⁰. Primarul poate avea calitatea de subiect activ calificat în forma agravantă a infracțiunii, reglementată în alin.2 conform căruia „dacă fapta prevăzută în alin. (1) este comisă de un funcționar public, pedeapsa este închisoarea de la 1 la 5 ani și interzicerea exercitării unor drepturi, fără a se putea depăși pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea la săvârșirea căreia s-a instigat”, raportat la împrejurarea că acesta îndeplinește o funcție ce implică exercițiul autorității³¹.

²⁴ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

²⁵ Legea privind Statutul aleșilor locali nr. 393 în 28 septembrie 2004, publicată în M. Of. nr. 912 din 7 octombrie 2004.

²⁶ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

²⁷ Legea administrației publice locale nr. 215 din 23 aprilie 2001, publicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

²⁸ Pupăzan C.G., *Răspunderea penală a aleșilor*, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 69.

²⁹ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³⁰ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³¹ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

Legea penală, prin dispozițiile art. 381, incriminează și sancționează cu pedeapsa închisorii de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă infracțiunea de împiedicare a exercitării libertății religioase care constă în „împiedicarea sau tulburarea liberei exercitări a ritualului unui cult religios, care este organizat și funcționează potrivit legii”. Conform dispozițiilor alin. (2) „obligarea unei persoane, prin constrângere, să participe la serviciile religioase ale unui cult ori să împlinească un act religios legat de exercitarea unui cult se pedepsește cu închisoare de la unu la ani sau cu amendă”³². Primarul poate avea calitatea de subiect activ al infracțiunii doar în modalitatea reglementată în dispozițiile alin. (1) întrucât doar în această ipoteză poate acționa în exercițiul funcției, nu și în modalitatea prevăzută de alin. (2)³³.

Codul penal incriminează distinct infracțiunile electorale în Titlul IX prin dispozițiile art. 385-393, în vederea ocrotirii relațiilor sociale privind corecta organizare și desfășurare a procesului electoral, indiferent dacă vorbim despre alegerile locale sau naționale, ori despre referendumul local sau național, primarul având atribuții privind organizarea și desfășurarea procesului electoral³⁴. Primarul poate avea calitatea de subiect activ al acestor infracțiuni pornind de la premisa că aleșii locali pot fi direct implicați în procesul electoral, în calitate de candidați pentru ocuparea unei funcții de primar, consilier local sau județean, sau indirect, în calitate de susținători ai altor candidați la astfel de funcții publice, calități care-i pot determina pe aleșii locali să abuzeze de funcția deținută pentru a influența rezultatul alegerilor³⁵.

Primarul, în calitate de autoritate administrativă autonomă executivă, prerogativă deținută în numele colectivității care l-a ales în vederea realizării autonomiei locale, are o serie de atribuții care trebuie să fie exercitate în mod legal, cu respectarea competenței teritoriale și materiale a autorității administrației publice. Depășirea sferei atribuțiilor instituite prin lege sau stabilite de consiliul local prin hotărârile sale, atrage angajarea răspunderii juridice a primarului, implicit a răspunderii penale, cu consecința suspendării sau încetării mandatului, în condițiile aplicării pedepselor legale. Codul penal incriminează infracțiunile de serviciu, obiect al studiului nostru prin dispozițiile art. 297 privind abuzul în serviciu și prin dispozițiile art. 298 privind neglijența în serviciu, infracțiuni care au ca obiect juridic principal relațiile sociale privind corecta îndeplinire a atribuțiilor de serviciu, atribuții incompatibile cu acele fapte de natură să aducă atingere intereselor și drepturilor persoanelor, sau intereselor publice³⁶.

Legiuitorul român a fost preocupat de combaterea fenomenului corupției în sfera administrației publice locale sau centrale încă din momentul adoptării primului Cod penal al României, în anul 1865, fiind incriminate infracțiunile de luare de mită și trafic de influență. Actualmente, prevederile Codului penal privind infracțiunile de corupție incriminate prin dispozițiile art. 289-292, respectiv luarea de mită, darea de mită, traficul de influență și cumpărarea de influență, sunt completate cu prevederile Legii nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție, care consacră prin dispozițiile art. 10-13 infracțiunile asimilate infracțiunilor de corupție. Totodată, raportat la calitatea României de membră a Uniunii Europene, Legea nr. 78/2000 pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție reglementează distinct prin dispozițiile art. 18¹-18⁵ o altă categorie de infracțiuni prin care se tinde la ocrotirea relațiilor sociale privind interesele financiare ale Uniunii Europene³⁷.

Răspunderea penală a consilierului local și consilierului județean. Consilierii locali și cei județeni au statut de aleși locali, dar, din perspectivă juridică, aceștia nu sunt organe administrative de sine stătătoare, cu competențe proprii, în virtutea cărora să emită acte de autoritate. Voințele membrilor organelor colegiale, prin manifestarea votului, tind la conturarea unei voințe unice, cea a organului deliberativ, aceasta fiind singura voință menită să exprime intenția acestuia și să producă consecințe juridice. Totodată, consilierii locali și cei județeni își pot exercita mandatul și în afara acelor prerogative care vizează analizarea, dezbateră și adoptarea unor hotărâri, în cadrul consiliilor locale sau județene, având astfel posibilitatea exercitării atribuțiilor în relație directă cu cetățenii colectivității locale, cu alte unități administrativ-teritoriale sau cu autoritățile centrale.

Conform dispozițiilor art. 56 alin. (1) din Statutul aleșilor locali, consilierii răspund în nume propriu pentru activitatea desfășurată în exercitarea mandatului dar și solidar, pentru activitatea consiliului al cărui membru este, și pentru hotărârile pe care acesta le-a votat³⁸. Voturile exprimate în cadrul ședințelor de consiliu nu se bucură de protecția imunității, întrucât rezultatul acestor manifestări de voință se concretizează, așa cum am precizat mai sus, într-un act administrativ cu rolul de a organiza executarea legii sau de a pune în executare legea. Consilierii locali sau județeni sunt, din această perspectivă, executanți ai legii, iar o eventuală încălcare a legii prin adoptarea unei hotărâri de consiliu, angajează răspunderea acestora. Influențarea votului consilierilor locali și județeni este o practică frecvent întâlnită în sfera unităților administrativ-teritoriale care lezează legitimitatea titularului mandatului, interesul local și încrederea cetățenilor în autoritate. Gradul de pericol social al acestor fapte rezidă din aceea că, de cele mai multe ori,

³² Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³³ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³⁴ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³⁵ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³⁶ Codul penal al României – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

³⁷ Legea pentru prevenirea, descoperirea și sancționarea faptelor de corupție nr. 78 din 8 mai 2000, publicată în M. Of. nr. 219 din 18 mai 2000.

³⁸ Legea privind Statutul aleșilor locali nr. 393 în 28 septembrie 2004, publicată în M. Of. nr. 912 din 7 octombrie 2004.

exercitarea votului este condiționată de primirea sau de promisiunea unor sume de bani sau alte foloase, fiind întrunite toate elementele constitutive ale infracțiunii de luare de mită, incriminată prin dispozițiile art. 289 C. pen.³⁹. Se poate reține și un concurs de infracțiuni între infracțiunea de luare de mită și infracțiunea de abuz în serviciu, în ipoteza în care consilierul refuză să voteze pentru adoptarea unui proiect de hotărâre, când legea îl obligă la acest lucru, în schimbul unor sume de bani sau a altor foloase, iar hotărârea nu este votată. Traficul de influență este o altă infracțiune de corupție, cu incidență ridicată în rândul consilierilor locali și județeni, alături de infracțiunea de luare de mită, fiind facilitată de legăturile de ordin politic sau instituțional, ce se stabilesc la nivelul consiliului local sau județean și, totodată, influențată de relațiile de colegialitate ce se stabilesc între membrii organelor colegiale. Abuzul în serviciu este o altă infracțiune cu un grad înalt de incidență în rândul consilierilor locali și județeni, incriminată prin dispozițiile art. 297 C. pen. și care vizează modul în care aceștia își exercită atribuțiile în cadrul organelor deliberative ai căror membrii sunt. Putem vorbi de săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu atunci când aleșii locali se abțin de la vot sau votează împotriva adoptării unor hotărâri dacă îi obligă la votarea adoptării unei hotărâri fără a le recunoaște un drept de apreciere sau atunci când, aceștia își exercită, în mod liber, dreptul de vot și adoptă hotărâri care generează, prin efectelor lor, o pagubă sau o vătămare a drepturilor și intereselor legitime ale unor persoane fizice sau juridice⁴⁰.

Activitatea infracțională a consilierilor locali și județeni se poate realiza, totodată, în strânsă legătură cu exercitarea mandatului, dar în afara procedurilor privind exercițiul votului. În acord cu dispozițiile art. 74-83 din Statutul aleșilor locali aceștia au obligația de a-și face publice interesele personale printr-o declarație pe proprie răspundere, depusă în dublu exemplar la secretarul comunei, orașului, municipiului, sectorului municipiului București, respectiv la secretarul general al județului sau al municipiului București, după caz, în termen de 15 zile de la data declarării consiliului ca legal constituit. În acord cu dispozițiile statutare, aleșii locali răspund, în condițiile legii, administrativ, civil sau penal, după caz, pentru faptele săvârșite în exercitarea atribuțiilor ce le revin⁴¹.

Totodată conform art. 1 pct. 30 din Legea nr. 176/2010 privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice dispozițiile prezentei legi, privind declararea averii și a intereselor se aplica și aleșilor locali, care au obligația declarării averii și a intereselor⁴². Nerespectarea dispozițiilor legale privind conflictul de interese atrage angajarea răspunderii penale a consilierilor locali sau județeni pentru săvârșirea infracțiunii de conflict de interese incriminată prin dispozițiile art. 301 C. pen.⁴³.

Raportat la dispozițiile art. 51 alin. (4) din Legea nr. 215/2001 conform căroră „fiecare consilier local... sunt obligați să prezinte un raport anual de activitate, care va fi făcut public prin grija secretarului”⁴⁴, fapta consilierilor locali sau județeni de a întocmi aceste rapoarte prin atestarea, în conținutul lor, a unor împrejurări care nu corespund adevărului sau prin omisiunea, cu știință, de a insera anumite date sau împrejurări în măsura în care aceste rapoarte sunt făcute publice, fiind însușite de autoritatea publică angajează răspunderea pentru săvârșirea infracțiunii de fals intelectual instituită prin dispozițiile art. 321 C. pen.⁴⁵.

Activitatea infracțională a consilierilor locali și județeni se poate reflecta în domenii privind integritatea și eficiența îndeplinirii mandatului, cum ar fi obligația declarării averii și intereselor personale, de gradul de receptare a problemelor cetățenilor, de reprezentarea autorității publice locale din care face parte în relațiile cu terții etc. Se poate reține și infracțiunea de purtare abuzivă incriminată prin dispozițiile art. 296 C. pen. atunci când consilierii locali și județeni, purtători de autoritate publică, adresează expresii jignitoare sau amenințări la adresa unor cetățeni, cu ocazia unor eventuale întâlniri cu alegătorii⁴⁶. Conform dispozițiilor art. 46 din Legea nr. 393/2004 privind Statutul aleșilor locali „Consilierii locali și consilierii județeni sunt obligați să respecte Constituția și legile țării, precum și regulamentul de funcționare a consiliului, să se supună regulilor de curtoazie și disciplină și să nu folosească în cuvântul lor sau în relațiile cu cetățenii expresii injurioase, ofensatoare ori calomnioase”⁴⁷.

Consilierii locali și județeni pot răspunde din perspectivă penală și pentru săvârșirea infracțiunii de neglijență în serviciu incriminată prin dispozițiile art. 298 C. pen. în ipoteza în care aceștia nu aduc la îndeplinire, din culpă, obligațiile de serviciu, cauzând astfel o vătămare drepturilor și intereselor legitime ale alegătorilor. Totodată, angajarea răspunderii penale a consilierilor locali și județeni intervine și pentru săvârșirea unor fapte de natură să aducă atingere ordinii și liniștii publice, incriminate prin dispozițiile art. 368 alin. 92) C. pen. și art. 369 C. pen.⁴⁸.

³⁹ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

⁴⁰ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

⁴¹ *Legea privind Statutul aleșilor locali* nr. 393 în 28 septembrie 2004, publicată în M. Of. nr. 912 din 7 octombrie 2004.

⁴² *Legea privind integritatea în exercitarea funcțiilor și demnităților publice* nr. 176 din 1 septembrie 2010, publicată în M. Of. nr. 621 din 2 septembrie 2010.

⁴³ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

⁴⁴ *Legea administrației publice locale* nr. 215 din 23 aprilie 2001, publicată în M. Of. nr. 123 din 20 februarie 2007.

⁴⁵ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

⁴⁶ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

⁴⁷ *Legea privind Statutul aleșilor locali* nr. 393 în 28 septembrie 2004, publicată în M. Of. nr. 912 din 7 octombrie 2004.

⁴⁸ *Codul penal al României* – Legea nr. 286 din 17 iulie 2009 publicat în M. Of. nr. 510 în 24.07.2009.

INTERPRETAREA LEGII ÎN CONTEXTUL NOILOR REALITĂȚI SOCIALE

Interpretation of The Law in The Context of New Social Realities

Mihai-Adrian DINU*

Rezumat: *Lucrarea își propune să analizeze interpretarea legii din perspectiva destinatarilor săi, rolul pe care jurisprudența instanțelor naționale îl are în prevenirea criminalității, atât din perspectiva regimului incriminator, cât și a celui sancționator. De asemenea, se realizează o analiză a impactului jurisprudenței europene asupra legislației interne în scopul îmbunătățirii calității legii pentru a se asigura înțelegerea și respectarea acesteia de către destinatarii ei. Cu titlu de exemplu sunt analizate cazuri din jurisprudența națională ce vizează aplicarea și interpretarea legislației din domeniul criminalității informatice.*

Cuvinte-cheie: *jurisprudență; interpretare; prevenire; realități sociale; criminalitate informatică.*

Abstract: *The aim of this work is to analyze the interpretation of law from the perspective of its recipients, the role of the national courts jurisprudence has in crime prevention, both from the perspective of incriminating and punitive regime. Also, the paper makes an analysis of the impact of European jurisprudence over national legislation in order to improve the quality of law to ensure understanding and compliance by the recipients themselves. For example, the paper analyzes cases from national case-law concerning the application and interpretation of the legislation in the field of cybercrime.*

Keywords: *case-law; interpretation; prevention; social realities; cybercrime.*

Atunci când vorbim despre interpretarea legii, ne raportăm la o operațiune de lămurire a conținutului unei norme juridice sau mai precis, la procesul prin care este stabilit înțelesul exact și complet al unei norme juridice. Mecanismului de interpretare a legii i s-au atribuit, de-a lungul timpului, mai multe modalități de realizare și clasificări, în funcție de diferite criterii.

Astfel, dacă ne raportăm la persoana care interpretează legea, interpretarea poate fi: *legală* – atunci când explicarea sensului dorit de legiuitor își găsește locul în chiar cuprinsul legii ori într-o lege distinctă (interpretativă), *judiciară* – atunci când legiuitorul nu a detaliat toate înțelesurile pe care le poate avea norma juridică, lăsând astfel o marjă de apreciere organului judiciar, în procesul de aplicare a legii la situații concrete, sau *doctrinară* – atunci când posibilele înțelesuri ale normei juridice sunt analizate în lucrări de specialitate de către personalități și specialiști din domeniul dreptului.

În funcție de metodele utilizate de către persoana care face interpretarea, sunt consacrate: *metoda literală* – prin intermediul căreia textul de lege este interpretat prin raportare la sensul său gramatical; *metoda logică* – atunci când autorul interpretării recurge la raționamente de logică juridică pentru a interpreta norma în vederea asigurării finalității urmărite de legiuitor; *metoda sistematică* – atunci când normele juridice sunt interpretate în considerarea legăturilor textului de lege interpretat cu alte dispoziții din același act normativ sau cu alte norme juridice; *metoda istorico-teleologică* – modalitatea prin care norma juridică este interpretată având o perspectivă de ansamblu asupra contextului istoric în care a fost adoptată respectiva normă, prin raportare la voința legiuitorului.

Toate acestea, cuprinzând o listă neexhaustivă a metodelor și clasificărilor date noțiunii de interpretare a legii, de-a lungul timpului, sunt realizate din perspectiva profesionistului, al persoanei care aplică legea la situații concrete și realități sociale. Se pune astfel problema unei interpretări a legii din partea destinatarilor săi, a neprofesioniștilor care au îndatorirea de a se supune legii și de a respecta ordinea de drept.

Este cunoscut faptul că dreptul este un organism viu care se dezvoltă și se adaptează permanent noilor realități sociale. Această dezvoltare se află într-o interdependență cu actualizarea dispozițiilor legale pentru ca acestea să corespundă nevoilor și rigorilor societății. Aceste modificări trebuie să respecte un standard minim de previzibilitate și claritate astfel încât destinatarul normei să fie capabil să distingă între licit și ilicit, între permis și prohibit.

În ceea ce privește conceptul de previzibilitate a legii, în jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului s-a pronunțat în nenumărate rânduri cu privire la însemnătatea acestei noțiuni. Astfel, în cauza Dragotoniu și Militaru-Pidhorni împotriva României¹, Curtea a reamintit că „*semnificația noțiunii de previzibilitate depinde într-o mare măsură de conținutul textului de care este vorba, de domeniul pe care îl acoperă, precum și de numărul și calitatea destinatarilor săi. Previzibilitatea legii nu se opune ideii ca persoana în cauză să fie determinată să recurgă*

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: mihai.dinu25@yahoo.com

¹ CEDO, Hotărârea din 24 mai 2007, par. 35, 36, publicată în M. Of. nr. 420 din 23 iunie 2010, Partea I.

la îndrumări clare pentru a putea evalua, într-o măsură rezonabilă în circumstanțele cauzei, consecințele ce ar putea rezulta dintr-o anumită faptă”. Totodată, Curtea a constatat că, având în vedere că legile sunt generale, formularea acestora nu se poate realiza cu o precizie absolută. În acest mod, „*una dintre tehnicile-tip de reglementare constă în recurgerea la unele categorii mai degrabă generale decât la liste exhaustive. Astfel, numeroase legi se folosesc prin forța lucrurilor de formule mai mult sau mai puțin vagi, pentru a evita o rigiditate excesivă și pentru a se putea adapta schimbărilor de situație. Interpretarea și aplicarea acestor texte depind de practică*”.

Rezultă, astfel, că deși previzibilitatea legii nu exclude posibilitatea ca persoana în cauză să fie nevoită să recurgă la îndrumările unui specialist în drept, chiar și cu acest ajutor, Curtea admite că interpretările date pot fi diferite de la caz la caz. Acestea sunt situațiile în care, jurisprudența instanțelor conturează anumite tipologii de situații de fapt cărora le corespund interpretări particulare ale normelor juridice. Desigur, pot exista și situații în care să existe două interpretări posibile pentru aceeași situație de fapt iar acestea să se excludă una pe cealaltă.

În România, potrivit art. 126 alin. (3) din Constituția României, republicată „*Înalta Curte de Casație și Justiție asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești, potrivit competenței sale.*” Înalta Curte de Casație și Justiție își exercită acest rol constituțional prin intermediul pronunțării unor hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept și al recursului în interesul legii. Potrivit art. 471 alin. (1) din Codul de procedură penală, „*Pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești, procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, din oficiu sau la cererea ministrului justiției, colegiul de conducere al Înaltei Curți de Casație și Justiție sau colegiile de conducere ale curților de apel, precum și Avocatul Poporului au îndatorirea să ceară Înaltei Curți de Casație și Justiție să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au fost soluționate diferit de instanțele judecătorești.*” iar conform dispozițiilor art. 475 din Codul de procedură penală, „*Dacă, în cursul judecății, un complet de judecată al Înaltei Curți de Casație și Justiție, al curții de apel sau al tribunalului, investit cu soluționarea cauzei în ultimă instanță, constatând că există o chestiune de drept, de a cărei lămurire depinde soluționarea pe fond a cauzei respective și asupra căreia Înalta Curte de Casație și Justiție nu a statuat printr-o hotărâre prealabilă sau printr-un recurs în interesul legii și nici nu face obiectul unui recurs în interesul legii în curs de soluționare, va putea solicita Înaltei Curți de Casație și Justiție să pronunțe o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu chestiunii de drept cu care a fost sesizată.*” Analizând condițiile de admisibilitate pentru a fi sesizată Înalta Curte de Casație și Justiție, constatăm ca în ceea ce privește Recursul în interesul legii, situația premisă este reprezentată de o jurisprudență contradictorie a instanțelor de judecată, sesizarea ÎCCJ pentru pronunțarea unui recurs în interesul legii având rolul de unificare a practicii, în timp ce în cazul situației premisă pentru sesizarea ÎCCJ pentru a pronunța o hotărâre prin care să se dea rezolvare de principiu unei chestiunii de drept, aceasta vizează un caz concret în care instanța de judecată consideră că legea ar putea primi mai multe interpretări și apelează la Înalta Curte pentru a se clarifica înțelesul său.

De asemenea, interpretarea legii poate fi făcută și de către Curtea Constituțională a României, însă în acest caz, interpretarea este făcută în procesul de verificare a constituționalității legii, iar nu în cel de aplicare a legii, prin intermediul deciziilor sub rezerva de interpretare. Prin intermediul acestor decizii, Curtea Constituțională poate stabili că o lege sau ordonanță ori o prevedere dintr-o lege sau ordonanță este constituțională ori neconstituțională în măsura în care are un anumit înțeles. Se observă astfel că există posibilitatea ca într-un proces să fie aplicabilă o dispoziție legală susceptibilă de mai multe interpretări, fiind chemate să stabilească asupra modului de interpretare atât Înalta Curte de Casație și Justiție, în exercitarea rolului de asigurare a interpretării unitare a legii cât și Curtea Constituțională a României în exercitarea rolului de garant al supremației Constituției. În această situație, ceea ce pare a fi un conflict juridic de natură constituțională este de fapt o modalitate complexă de natură să asigure atât interpretarea unitară a legii cât și respectarea supremației Constituției, cu efecte *erga omnes*.

Așadar, prin hotărârile pe care le pronunță în vederea asigurării interpretării unitare a legii, Înalta Curte de Casație și Justiție asigură egalitatea de tratament a cetățenilor, situațiile identice ori similare fiind încadrate juridic într-o manieră unitară iar Curtea Constituțională asigură că interpretările date dispozițiilor legale respectă supremația Constituției.

În dreptul procesual penal, art. 471 din Codul de procedură penală prevede la alineatul (2) că cererea adresată Înaltei Curți de Casație și Justiție pentru a soluționa un recurs în interesul legii trebuie să cuprindă soluțiile diferite date problemei de drept și motivarea acestora, jurisprudența Curții Constituționale, a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a Curții Europene a Drepturilor Omului sau, după caz, a Curții de Justiție a Uniunii Europene, opiniile exprimate în doctrină relevante în domeniu, precum și soluția ce se propune a fi pronunțată în recursul în interesul legii. Astfel, jurisprudența contradictorie a instanțelor naționale este analizată comparativ cu jurisprudența instanțelor europene pentru se asigura o interpretare concordantă.

De cele mai multe ori, practica neunitară a instanțelor de judecată este dată de interpretările diferite pe care acestea le dau cu prilejul aplicării legilor. Unul dintre domeniile care au generat practică neunitară și reprezintă infrațiunile săvârșite prin intermediul sistemelor informatice, acesta fiind un domeniu relativ nou și aflat într-o continuă dezvoltare. Incriminarea unor fapte antisociale săvârșite prin intermediul sistemelor informatice a apărut ca necesară, în contextul erei informaționale în care ne aflăm, determinată de progresul tehnologic care a atins cote

nebanuite în trecut. Aceste fapte prezintă o gravitate sporită, atât din perspectiva faptului că autorul lor este aproape întotdeauna necunoscut de către victimă, cât și din perspectiva faptului că utilizatorii sistemelor informatice nu cunosc întotdeauna toate riscurile la care sunt expuși precum și vulnerabilitățile sistemelor informatice. Un exemplu de infracțiune comisă în această modalitate este prevăzută la articolul 365 din Codul penal care are următorul conținut:

(1) Fapta persoanei care, fără drept, produce, importă, distribuie sau pune la dispoziție sub orice formă:

a) dispozitive sau programe informatice concepute sau adaptate în scopul comiterii uneia dintre infracțiunile prevăzute în art. 360-364;

b) parole, coduri de acces sau alte asemenea date informatice care permit accesul total sau parțial la un sistem informatic, în scopul săvârșirii uneia dintre infracțiunile prevăzute în art. 360-364, se pedepsește cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă.

(2) Deținerea, fără drept, a unui dispozitiv, a unui program informatic, a unei parole, a unui cod de acces sau a altor date informatice dintre cele prevăzute în alin. (1), în scopul săvârșirii uneia dintre infracțiunile prevăzute în art. 360-364, se pedepsește cu închisoare de la 3 luni la 2 ani sau cu amendă.

Incriminarea acestui tip de faptă antisocială a reprezentat un progres semnificativ în adaptarea la noile realități sociale însă, în multe cazuri, s-a constatat că modalitățile prin care subiecții activi pot aduce atingere valorilor sociale secundare (de regulă patrimoniul), alterând în același timp integritatea datelor informatice, sau altfel spus, conduitele ilicite adoptate de către făptuitori ar putea excede textului incriminator.

În acest sens, „prin recursul în interesul legii formulat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție s-a arătat că în practica judiciară națională nu există un punct de vedere unitar cu privire la înțelesul noțiunii de acces fără drept la un sistem informatic și, în consecință, au fost formulate soluții divergente cu privire la încadrarea juridică dată faptelor atunci când se montează la ATM dispozitivele de citire a benzii magnetice a cardului autentic și a codului PIN aferent acestuia, precum și atunci când se folosește la bancomat cardul falsificat ori cel autentic, fără acordul titularului său.

Prin recursul în interesul legii se arată că în urma verificării jurisprudenței la nivel național a fost relevată o practică neunitară în interpretarea și aplicarea art. 42 alin. (1), (2) și (3) din Legea nr. 161/2003 cu privire la înțelesul noțiunii de acces fără drept la un sistem informatic²”.

Soluțiile pronunțate de instanțele judecătorești cu privire la montarea la ATM a dispozitivelor de citire a benzii magnetice a cardului autentic și a codului PIN aferent acestuia au fost influențate de modalitatea de interpretarea noțiunii de acces la sistem informatic, jurisprudența unor instanțe fiind în sensul că prin montarea dispozitivelor de citire a benzii magnetice a cardului autentic, a videocamerei sau a falsei tastaturi nu se realizează un acces fără drept la un sistem informatic, reținându-se că echipamentele electronice apte să citească și să memoreze date din cărțile de credit sunt deținute în scopul obținerii acelor date care permit retragerea sumelor de bani din cărțile de credit.

Într-o altă orientare a practicii, s-a reținut că prin montarea la bancomat a dispozitivelor de citire a informațiilor înregistrate pe banda magnetică a cardului și de captare a codului PIN tastat cu ocazia folosirii cardului de către titularul său se realizează un acces fără drept la sistemul informatic, prin încălcarea măsurilor de securitate.

Se constată, astfel că interpretarea legii poate conduce în situații de fapt similare la încadrări juridice diferite și la sancționarea aceleiași tipologii de fapte, în materialitatea sa, cu pedepse având limite considerabil diferite. Acest aspect prezintă importanță din două perspective:

– în primul rând din cea a persoanelor judecate pentru comiterea unor fapte susceptibile de a fi încadrate juridic potrivit ambelor infracțiuni (acces ilegal la un sistem informatic, prevăzută de art. 360 alin. (3) C. pen. și sancționată cu pedeapsa închisorii de la 2 la 7 ani, respectiv operațiuni ilegale cu dispozitive sau programe informatice, prevăzută de art. 365 alin. (1) C. pen. și sancționată cu pedeapsa închisorii de la 6 luni la 3 ani sau amendă), fiind în mod evident afectat principiul legalității incriminării și al dreptului la un proces echitabil;

– în al doilea rând din perspectiva prevenirii comiterii de astfel de fapte antisociale;

În ceea ce privește prevenirea criminalității prin adoptarea unei politici penale mai severe, această măsură a fost adoptată în numeroase state, cu predilecție în fostele țări comuniste. În acest sens, „Martin Killias subliniază astfel că prevenirea generală – în spiritul școlii clasice – se fundamentează pe două idei principale:

Cu cât pedeapsa prevăzută de lege este mai severă, cu atât individul se va abține să comită infracțiuni;

Cu cât aplicarea pedepsei prevăzută de lege este mai certă, cu atât individul se va abține să comită infracțiuni;”³

Din perspectiva destinatarului normei juridice, interpretarea dată unei posibile conduite pe care acesta ar adopta-o prezintă astfel o importanță deosebită și apare ca o cerință esențială a edictării norme într-o manieră clară și previzibilă. Ceea ce ridică însă numeroase probleme este reprezentat de lipsa unei jurisprudențe în anumite domenii, precum cel al criminalității informatice, un domeniu aflat într-o continuă dezvoltare, proporțional cu evoluția progresului tehnologic. Ne confruntăm, astfel, în zilele noastre, cu situații de fapt pe care în urmă cu 30 de ani le-am fi considerat ficțiune și care au devenit realitate. În aceste cazuri este necesară, pe lângă actualizarea permanentă a

² Decizia nr. 15/2013 privind judecarea recursului în interesul legii ce formează obiectul Dosarului nr. 12/2013.

³ R.M. Stănoiu, *Tranziția și criminalitatea*, Ed. Oscar Print, București 1994, p. 201, *apud* M. Killias, *Précis de criminologie*, Berne, Ed. Staempfli & Cie SA, 1991, p. 434.

dispozițiilor legale care incriminează faptele antisociale săvârșite prin intermediul unor sisteme informatice și o jurisprudență constantă a instanțelor care să asigure o interpretare unitară a acestora. Revenim, așadar, asupra problemei interpretării legii de către destinatarii săi, sub aspectul îndeplinirii condiției de previzibilitate, accesibilitate și claritate.

Mijloacele și metodele de prevenire a criminalității trebuie să fie analizate și prin raportare la drepturile și libertățile fundamentale ale omului și să fie orientate spre protejarea acestora iar modalitatea cea mai eficientă de realizare a acestui deziderat o reprezintă crearea unor reglementări juridice clare și previzibile.

„Accesibilitatea legii privește, în principal, aducerea la cunoștință publică a acesteia, care se realizează prin publicarea actelor normative. Pentru ca o lege lato sensu să producă efecte juridice, trebuie să fie cunoscută de destinatarii săi; efectele legii se produc, prin urmare, după aducerea sa la cunoștință publică și după intrarea sa în vigoare. Există însă și o altă semnificație a noțiunii de accesibilitate, asociată exigenței previzibilității legii, și anume aceea care privește modul de receptare a conținutului actelor normative de către corpul social, în sensul de înțelegere a acestora.

Norma juridică trebuie să fie clară, inteligibilă, întrucât cei cărora li se adresează trebuie nu doar să fie informați în avans asupra consecințelor actelor și faptelor lor, ci să și înțeleagă consecințele legale ale acestora. În caz contrar, principiul nemo censetur ignorare legem nu ar mai putea fi aplicat, ceea ce ar avea grave consecințe asupra securității raporturilor sociale, a existenței societății în general⁴”.

În jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat în repetate rânduri importanța asigurării accesibilității și previzibilității legii, instituind o serie de repere pe care legiuitorul trebuie să le aibă în vedere pentru asigurarea acestor exigențe.

Astfel, în cauza *Rotaru împotriva României*, 2000, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a subliniat că „nu poate fi considerată «lege» decât o normă enunțată cu suficientă precizie, pentru a permite individului să-și regleze conduita. Individul trebuie să fie în măsură să prevadă consecințele ce pot decurge dintr-un act determinat”; în cauza *Lupșa împotriva României*, 2006, Curtea a statuat că prin cuvântul „lege” desemnând legea națională, trimiterea la aceasta se referă, după exemplul tuturor prevederilor Convenției, nu numai la existența unei baze în dreptul intern, ci și la calitatea legii: el impune accesibilitatea și previzibilitatea acesteia, precum și o anumită protecție împotriva atingerilor arbitrare ale puterii publice asupra drepturilor garantate prin Convenție.

Luând în considerare aceste condiții, pe care legea trebuie să le îndeplinească pentru a putea fi interpretată în sensul dorit de legiuitor și înțeleasă, totodată, de către destinatarii săi, ne vom opri asupra unor cazuri din jurisprudența națională, când instanțele au fost puse în situația de a interpreta legea în sensul de a stabili dacă acțiunea persoanei acuzate de comiterea unei infracțiuni se circumscrie normei de incriminare, respectiv dacă sunt îndeplinite condițiile de tipicitate ale infracțiunii.

Astfel, prin Decizia penală nr. 1044/A pronunțată de Curtea de Apel București la data de 08.08.2017, instanța a fost chemată să analizeze dacă fapta unei persoane constând în aceea că a creat o pagină pe site-ul de socializare Facebook utilizând semnele de identificare ale unei societăți comerciale la care a adăugat o descriere tendențioasă și jignitoare referitoare la societatea respectivă, întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de fals informatic, prevăzută de art. 325 C. pen. În ceea ce privește conținutul constitutiv al acestei infracțiuni, textul incriminator are următorul conținut: „Fapta de a introduce, modifica sau șterge, fără drept, date informatice ori de a restricționa, fără drept, accesul la aceste date, rezultând date necorespunzătoare adevărului, în scopul de a fi utilizate în vederea producerii unei consecințe juridice, constituie infracțiune și se pedepsește cu închisoarea de la unu la 5 ani.” Fiind dovedită și totodată, necontestată situația de fapt reținută prin rechizitoriul Parchetului, instanța a fost pusă în situația de a stabili dacă introducerea datelor de identificare ale societății comerciale constituie date informatice, în sensul legii penale, precum și dacă se poate considera că utilizarea acestora s-a făcut fără drept. În motivarea soluției sale, în lipsa unor prevederi legale care să indice în mod clar și previzibil care sunt cazurile în care introducerea, modificarea sau ștergerea unor date informatice pătrunde în sfera ilicitului penal, instanța a făcut trimitere la practica instanțelor și doctrină precizând că „În ceea ce privește elementul material al laturii obiective, acesta se realizează prin alterarea datelor în ce privește capacitatea lor de a funcționa și a atesta fapte ori situații, ajungându-se la o situație care corespunde fabricării unor documente false sau falsificării unor documente autentice. În practică și doctrină s-a amintit că acest lucru se întâmplă de cele mai multe ori prin: simularea hyperconexiunilor, simularea poștei electronice, simularea Web-ului. În acest caz, pentru a fi îndeplinită tipicitatea prevăzută de lege pentru infracțiunea de fals informatic, elementul material al laturii obiective ar fi trebuit să se realizeze prin simularea contului de facebook. (...) În ceea ce privește cerința esențială „fără drept”, Curtea constată că aceasta ar fi îndeplinită dacă inculpatul și-ar fi însușit paternitatea sau proprietatea numelui sau a siglei. „Fără drept” nu se interpretează, astfel cum greșit au susținut acuzarea și partea civilă, în sensul că inculpatul a folosit numele sau sigla părții civile, într-un context negativ, fără a-i cere voie, căci asta ar însemna că dacă articolele despre partea civilă ar fi apărut în presa scrisă s-ar fi comis infracțiunea de fals. Or, este evident că în acest fel se creează o confuzie între o calomnie, care nu

⁴ I. Predescu, M. Safta, *Principiul securității juridice, fundament al statului de drept – repere jurisprudențiale*, <https://www.ccr.ro/uploads/Publicatii%20si%20statistici/Buletin%202009/predescu.pdf>.

atrage răspunderea penală, ci cea delictuală, și infracțiunea de fals".⁵ Ne aflăm în acest caz într-o situație în care legea era susceptibilă de interpretări, instanța de judecată fiind nevoită să recurgă la o interpretare a legii cu prilejul judecării cauzei iar modalitatea de interpretare a fost aleasă prin raportare la interpretările date anterior de alte instanțe de judecată și de doctrină. O atare modalitate de interpretare reprezintă un mod *sui generis* de asigurare a unei aplicări unitare a legii, distinct de rolul pe care îl exercită Înalta Curte de Casație și Justiție prin mijloacele pe care legea le prevede, astfel cum am arătat mai sus. Printr-o altă hotărâre⁶, instanța a concluzionat că fapta unei persoane de a introduce pe un site web un anunț în care folosea o identitate nereală pentru o oferi spre vânzare produse care fie nu existau, fie lipsea intenția reală a acestuia de a le vinde întrunește elementele constitutive ale infracțiunii de fals informatic. De această dată, instanța a apreciat că utilizarea unei identități nereale, făcută prin intermediul unui sistem informatic, capătă valențele unei introduceri de date informatice și este făcută fără drept. O situație similară a fost analizată și de către Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 2106 din 12 iunie 2013 în care s-a reținut că „vânzările fictive de bunuri on-line, realizate prin intermediul platformelor specializate în tranzacționarea de bunuri on-line, care cauzează un prejudiciu persoanelor vătămate induse în eroare prin introducerea de date informatice cu privire la existența bunurilor și determinate, în acest mod, să plătească prețul unor bunuri inexistente, întrunesc elementele constitutive ale infracțiunii de fraudă informatică prevăzută în art. 49 din Legea nr. 161/2003. În acest caz, nu sunt întrunite și elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune, întrucât infracțiunea de fraudă informatică reprezintă o variantă a infracțiunii de înșelăciune săvârșită în mediul virtual, iar art. 49 din Legea nr. 161/2003 constituie norma specială în raport cu art. 215 C. pen., care constituie norma generală, fiind aplicabilă exclusiv norma specială⁷”. Constatăm, astfel, o situație de fapt similară este interpretată în sensul că ar întruni elementele constitutive a două infracțiuni – fals informatic și fraudă informatică – care protejează valori sociale diferite, sunt reglementate în titluri diferite ale codului penal și au regim sancționator diferit.

În dezacord cu ambele interpretări, din punctul nostru de vedere, conduita ilicită a autorilor care utilizează acest *modus operandi*, nu reprezintă altceva decât o adaptare la noile realități sociale și o migrare a activității infracționale clasice în spatele unor ziduri unde nu sunt mult mai greu de identificat și de sancționat.

Concluzionăm prin a ne manifesta convingerea profundă în sensul că este imperios ca autoritatea judecătorească să facă apel la jurisprudență ori de câte ori este chemată să interpreteze legi care sunt susceptibile de mai multe înțelesuri și totodată, să contribuie permanent la actualizarea acesteia, întrucât realitățile sociale se modifică, de multe ori mai repede decât legislația care incriminează diferite conduite ilicite. Infractorii descoperă permanent noi modalități prin care să comită infracțiunile clasice, însă de această dată sub protecția anonimatului oferită de frontierele nemărginite ale domeniului internet. O jurisprudență vie, permanent actualizată este o garanție a aplicării și interpretării unitare a legii, precum și o modalitate de prevenire, fiind aptă să descurajeze infractorii de la identificarea de noi moduri de operare care să se situeze în afara condițiilor de tipicitate a infracțiunilor.

⁵ Curtea de Apel București, Decizia 1044/A din 08.08.2017, <http://www.rolii.ro/hotarari/59b88c86e49009740e000093>

⁶ Curtea de Apel Ploiești, Decizia 1506 din 20.12.2016, <http://www.rolii.ro/hotarari/5899fdaee490095c2b0000a7>

⁷ Înalta Curte de Casație și Justiție, Decizia 2106 din 12 iunie 2013, <http://www.scj.ro/1093/Detalii-jurisprudenta?customQuery%5B0%5D.Key=id&customQuery%5B0%5D.Value=83717>

NORME DE INCRIMINARE INEFICIENTE ÎN MATERIA PROTECȚIEI MEDIULUI PRIN MIJLOACE DE DREPT PENAL

Inefficient Incriminations Norms in The Matter of Environmental Protection Through Criminal Law

Andreea VERNEA*

Rezumat: În prezenta lucrare, autoarea realizează o analiză succintă a două prevederi din legislația penală specială, constând în infracțiuni îndreptate împotriva mediului înconjurător, care, din pricina modificărilor legislative survenite de la adoptarea actului normativ incriminator până în prezent, au devenit ineficiente.

În prima parte a lucrării, sunt realizate unele precizări terminologice, iar în cea de-a doua parte este analizat conținutul constitutiv al infracțiunii prevăzute de art. 107, alin.1 din Legea nr. 46/2008 privind Codul silvic.

În a treia parte sunt punctate particularitățile conținutului constitutiv regăsite în art. 44 din Legea nr. 111/1996 privind desfășurarea în siguranță, reglementarea, autorizarea și controlul activităților nucleare.

În finalul lucrării, autoarea punctează propunerile de îmbunătățire a legislației rezultate din analiza întreprinsă.

Cuvinte-cheie: protecția mediului înconjurător, protecția fondului forestier, regimul activităților nucleare.

Abstract: In this paper, the author briefly analyses two provisions of special criminal regulations regarding the protection of the environment, that, due to legislative changes since the enactment of the criminal provision until today, have turned out to be inefficient.

In the first part of the paper, the author makes some terminological specifications, while in the second part the constitutive content of the crime regulated by art. 107, paragraph 1 of Law no.46/2008 regarding the Forest Code is analyzed.

In the third part, the main particularities of the constitutive content of the crime regulated by art. 44 of Law no.111/1996 regarding the safe conduct, regulation, authorization and control of nuclear activities, are highlighted.

In the end of the paper, the author points out the proposals for improving the legislation, as resulted from the analysis undertaken.

Keywords: protection of the environment, protection of the forest fund, the nuclear activities regime.

1. Protecția mediului înconjurător a cunoscut o preocupare ascendentă din partea teoreticienilor și practicienilor dreptului în ultimele decenii. În mod esențial, noțiunea de protecție este grevată pe instituția răspunderii și pe instituția prevenirii.

Atât la nivel legislativ¹ cât și la nivel doctrinar² s-a stabilit că vătămările aduse echilibrului factorilor naturali și factorilor antropici, ca și componente ale mediului înconjurător, sunt susceptibile de a atrage răspunderea de mediu, răspunderea civilă, răspunderea administrativă și, *ultima ratio*, răspunderea penală a făptuitorului.

În situația de față, apreciem necesar să ne circumscriem analiza punctuală unor cazuri în care răspunderea penală nu poate fi atrasă, din pricina unor modificări legislative repetate ale actelor normative destinate a oferi protecție, chiar și indirect, dar într-o măsură importantă, mediului înconjurător.

Pentru acuitate terminologică arătăm că nu urmărim să analizăm importanța celor două incriminări supuse discuției pentru protecția mediului înconjurător, ci să verificăm posibilitatea efectivă de aplicare în practică a respectivelor dispoziții.

În literatura de specialitate, noțiunea de infracțiune ecologică³, infracțiune de mediu⁴ și în special de drept penal al mediului nu sunt configurate într-o manieră sedimentată. Cu privire la cea din urmă noțiune, un autor⁵ a apreciat că suntem în prezența unei „realități juridico-conceptuale, în plină evoluție, cu perspective majore de autonomizare și eficientizare”. Același autor diferențiază dreptul penal al mediului de dreptul penal forestier (silvic), apreciind că acesta din urmă și-a păstrat autonomia prin raportare la regimul de sancționare a infracțiunilor și al măsurilor de reparare a prejudiciului⁶.

* Doctorand – Facultatea de Drept, Universitatea din București; Judecător – Judecătoria Sectorului 1 București; e-mail: andreeaoanea@gmail.com

¹ De exemplu art. 95, 96, 97, 98 din O.U.G. nr. 195/2005 privind protecția mediului, publicată în M. Of. nr. 1196/30.12.2005.

² D.S. Marinescu, M.C. Petre, *Tratat de dreptul mediului*, ed. a V-a, Ed. Universitară, București, 2014, p. 688; M. Duțu, A. Duțu, *Răspunderea în dreptul mediului*, Ed. Academiei Române, București, 2015, p. 268.

³ M. Duțu, A. Duțu, *op. cit.*, p. 270.

⁴ D. Marinescu, M.C. Petre, *op. cit.*, p. 751.

⁵ M. Duțu, *Introducere în Dreptul penal al mediului*, Ed. Hamangiu, București, 2013, p. 78.

⁶ *Idem*.

Fără a pune la îndoială distincția operată, apreciem că aceasta nu este de natură a exclude infracțiunile îndreptate împotriva regimului silvic din sfera de protecție oferită de legiuitor mediului înconjurător.

Achiesăm la o opinie exprimată în literatura de specialitate⁷, conform căreia prin funcțiile pe care le îndeplinesc, pădurile sunt componente majore ale patrimoniului național biologic și cultural.

În acest fel, afectarea suprafeței forestiere este de natură a cauza disfuncționalități la nivel ecologic, dar și o scădere consistentă a calității vieții umane, a integrității florei și faunei, în condițiile în care habitatul natural pentru multiple specii de plante și animale este pădurea. Prin urmare, criminalitatea silvică, deși este îndreptată și împotriva unor valori de natură patrimonială și se bucură de o reglementare separată față de normele specifice dreptului mediului, este, după aprecierea noastră, cuprinsă în aria conceptuală a noțiunii de „infracțiune îndreptată împotriva mediului înconjurător”, dat fiind faptul că efectele sale, cel puțin indirect, dar într-o manieră importantă, afectează echilibrul factorilor de mediu.

În egală măsură, cu prilejul enumerării infracțiunilor îndreptate împotriva protecției mediului, unii autori⁸ au opinat că în această categorie sunt incluse și incriminări din Legea nr. 46/2008 privind Codul silvic, fapt care întărește aprecierea noastră, în sensul că infracțiunile silvice nu sunt în mod esențial infracțiuni ecologice, însă sunt infracțiuni îndreptate împotriva mediului înconjurător. Reținem că ecologia are natura unei științe biologice care vizează studiul relațiilor dintre individ și mediul său de viață⁹, iar în acest context, considerăm că *infracțiunile ecologice* sunt cele îndreptate în mod direct împotriva mediului de viață al unei persoane, putând fi, așadar, infracțiuni care ocrotesc mediul natural sau antropoc în mod direct, nemijlocit. În egală măsură, *infracțiunile îndreptate împotriva mediului* sunt cele care produc o vătămare echilibrului factorilor naturali și antropici, chiar dacă în mod indirect, atât timp cât prejudiciul este de mare importanță. Prin urmare, după aprecierea noastră, între infracțiunile îndreptate împotriva mediului și infracțiunile ecologice există o relație de tip întreg-parte.

2. Codul silvic actual, respectiv Legea nr. 46/2008¹⁰, reunește dispozițiile speciale de natură penală în cuprinsul Titlului VI, intitulat „Răspunderi și sancțiuni”. Pentru scopul prezentei lucrări, vom analiza dispozițiile infracțiunii reglementate de art. 107 alin. 1, constând în degradarea vegetației din fondul forestier național sau din afara acestuia, ca formă specială de protecție a florei și a ecosistemului forestier¹¹.

Articolul în discuție a fost modificat succesiv, ultima modificare de importanță majoră fiind realizată, însă, în mod indirect, prin Legea nr. 175/2017 privind modificarea și completarea Legii nr. 46/2008 – Codul silvic, precum și pentru modificarea art. 5 alin. 2 din Legea nr. 192/2010 privind trecerea unor drumuri forestiere și a lucrărilor de colectare a torenților din domeniul public al statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor Romsilva, în domeniul public al unor unități administrativ-teritoriale și în administrarea consiliilor locale ale acestora¹², care a modificat art. 105 din Codul silvic, stabilind o nouă modalitate de determinare a prejudiciului cauzat prin infracțiunile silvice.

Având în vedere scopul prezentei lucrări, vom limita analiza întreprinsă strict la conținutul constitutiv al infracțiunii.

Considerăm că incriminarea regăsită în art. 107 alin. 1 C. silvic, nu are situație premisă în forma de bază.

Elementul material al laturii obiective constă într-o acțiune alternativă, fapta fiind susceptibilă de realizare în oricare din următoarele modalități: tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini. Considerăm că nu se impune detalierea fiecărei modalități normative în parte, acestea fiind circumscrise sensului propriu al termenilor utilizați.

Spre deosebire de literatura de specialitate¹³ care a apreciat că pentru tipicitatea infracțiunii se impune îndeplinirea a două cerințe esențiale, constând în săvârșirea faptei fără drept și producerea unui prejudiciu minim, considerăm că, în realitate, se impune îndeplinirea cumulativă a trei cerințe esențiale, astfel cum rezultă din textul de lege.

⁷ D. Marinescu, M.C. Petre, *Tratat de Dreptul Mediului*, ed. V-a, Ed. Universitară, București, 2014, p. 269.

⁸ M. Duțu, A. Duțu, *Dreptul mediului*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, p. 276-277, nota de subsol 1.

⁹ Conform definiției date de <https://dexonline.ro/definitie/ecologie>, consultat la data de 04.04.2019.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 238/27.03.2008, republicată în M. Of. nr. 411/10.06.2015.

¹¹ Conținutul actual al incriminării în discuție, respectiv art. 107 alin. 1 C. silvic, este: „Tăierea, ruperea, distrugerea, degradarea ori scoaterea din rădăcini, fără drept, de arbori, puieti sau lăstari din fondul forestier național și din vegetația forestieră din afara acestuia, indiferent de forma de proprietate, constituie infracțiune silvică și se pedepsește după cum urmează: a) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei; b) cu închisoare de la 6 luni la 3 ani sau cu amendă, dacă valoarea prejudiciului produs nu depășește limita prevăzută la lit. a), dar fapta a fost săvârșită de cel puțin două ori în interval de un an, iar valoarea cumulată a prejudiciului produs depășește limita prevăzută la lit. a); c) cu închisoare de la un an la 5 ani, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 20 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei; d) cu închisoare de la 2 la 7 ani, dacă valoarea prejudiciului produs este de cel puțin 50 de ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior, la data comiterii faptei”.

¹² Publicată în M. Of. nr. 569 din 18 iulie 2017.

¹³ M. Gorunescu în M.A. Hotca (coord.), *Infracțiuni prevăzute în legi speciale*, Comentarii și explicații, ed. a III-a, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 562.

Prima cerință esențială impune ca acțiunile sau omisiunile care constituie elementul material să fie realizate fără drept. Prin urmare, fapta va fi tipică dacă se încalcă prevederile legale privind exploatarea masei lemnoase în formele menționate, însă apreciem că aceste prevederi trebuie să aibă în mod necesar un caracter normativ și nu administrativ, prin urmare se impune ca ele să emane de la legiuitor sau de la o entitate împuternicită printr-o prevedere legală de natura legii organice, pentru a se respecta exigențele art. 73 alin. 3 lit. h) din Constituția României, întrucât această cerință esențială constituie un element fundamental în stabilirea caracterului ilicit, penal, al acțiunii întreprinse.

A doua cerință esențială impune ca acțiunea sau omisiunea incriminată să poarte asupra arborilor, puieților sau lăstarilor din fondul forestier național și din vegetația forestieră din afara acestuia.

A treia cerință esențială vizează o valoare minimă a prejudiciului produs, care trebuie să fie de cel puțin 5 ori mai mare decât prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior la data comiterii faptei.

Determinarea valorii de raportare a prejudiciului este stipulată de art. 116 C. silvic, care prevede că prețul mediu al unui metru cub de masă lemnoasă pe picior se stabilește anual, prin hotărâre a Guvernului, la propunerea autorității publice centrale care răspunde de silvicultură. Prin art. 1 pct. 30 din Legea nr. 175/2017, legiuitorul a modificat art. 105 alin. 2 C. silvic, acesta dobândind forma actuală: „Valoarea prejudiciului prevăzut la alin. (1), produs prin fapte care constituie infracțiuni sau contravenții, se stabilește prin însumarea valorii pagubei produse pădurii cu valoarea funcțiilor pădurii nerealizate”.

În acest sens, valoarea pagubei produse pădurii, va fi determinată în condițiile art. 105 alin. 2¹, iar stabilirea valorii funcțiilor pădurii nerealizate va fi determinată în baza alin. 2² în același articol¹⁴.

Deși algoritmul de calcul al prejudiciului presupune o serie de operațiuni aritmetice simple, reținem că legiuitorul a omis să realizeze o clasificare a pădurilor după criteriul funcțiilor îndeplinite în tipuri funcționale cuprinse între I și VI, în acest sens nefiind instituită nicio prevedere legală în Codul silvic sau în legislația modificatoare a acestuia.

După aprecierea noastră, determinarea efectivă a prejudiciului constituie o cerință esențială pentru tipicitatea faptei incriminate de art. 107 alin. 1 C. silvic, iar omisiunea reglementării acesteia la nivel normativ conduce la încălcarea garanțiilor de accesibilitate și previzibilitate impuse de art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Urmând raționamentul Curții Constituționale a României din Decizia nr. 405/2016¹⁵ și pentru respectarea prevederilor art. 73 alin. 3 lit. h) din Constituția României apreciem că norma completatoare, care stabilește criteriile în funcție de care se va calcula efectiv prejudiciul, inclusiv clasificarea pădurilor în grupe funcționale ar trebui realizată prin lege organică sau printr-un act normativ intern cu forță juridică egală, ori printr-un act normativ de forță inferioară în măsura în care acesta din urmă este determinat în mod expres de legea organică.

Analizând efectele succesiunii de legi penale în timp, reținem că modul de stabilire a prejudiciului în conformitate cu dispozițiile actuale ale art. 107 alin. 1 C. silvic, raportat la art. 105 C. silvic, este reprezentat de însumarea pagubei produse pădurii cu valoarea funcțiilor pădurii nerealizate, iar în condițiile imposibilității concrete de determinare a prejudiciului în baza unor criterii legale, incriminarea este lipsită de efectivitate, ceea ce echivalează cu dezincriminarea faptei. În mod paradoxal, nu se poate reține incidența unei legi penale mai favorabile, ci a unui vid legislativ care împiedică asigurarea unei protecții penale corespunzătoare fondului forestier național.

Considerăm că nu sunt necesare precizări suplimentare în privința formelor infracțiunii prevăzute de art. 107 alin. 1 lit. b)-d) C. silvic, întrucât acestea stipulează numai limite de pedeapsă diferite în funcție de valoarea prejudiciului, iar considerațiile referitoare la imposibilitatea concretă a determinării sale se mențin.

Urmarea imediată este reprezentată de un prejudiciu cuantificat adus fondului forestier național sau proprietarului vegetației forestiere din afara acestuia.

Legătura de cauzalitate trebuie dovedită în concret, dat fiind faptul că prezenta incriminare vizează o infracțiune de rezultat, iar dacă urmarea imediată nu este consecința realizării acțiunilor sau omisiunilor interzise prin prescripția normativă, fapta nu este tipică în sensul legii penale.

Analizând latura subiectivă, reținem că prin raportare la prevederile art. 16 alin. 6 C. pen., infracțiunea poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă.

Mobilul și scopul nu prezintă importanță pentru încadrarea juridică, însă vor fi valorificate la momentul individualizării judiciare a pedepsei.

3. Cea de-a doua infracțiune analizată în prezenta lucrare este regăsită în art. 44 din Legea nr. 111/1996, privind desfășurarea în siguranță, reglementarea, autorizarea și controlul activităților nucleare¹⁶.

¹⁴ Art. 105 alin. 2¹ prevede: Valoarea pagubei produse pădurii se calculează conform legii.

Art. 105 alin. 2² prevede: Valoarea funcțiilor pădurii nerealizate se calculează după cum urmează: a) pentru pădurile încadrate în tipurile funcționale T V și T VI: prin aplicarea factorului 0,5 la valoarea pagubei produse pădurii; b) pentru pădurile încadrate în tipurile funcționale T III și T IV: prin aplicarea factorului 0,7 la valoarea pagubei produse pădurii; c) pentru pădurile încadrate în tipul funcțional T II: prin aplicarea factorului 1,0 la valoarea pagubei produse pădurii; d) pentru pădurile încadrate în tipul funcțional T I: prin aplicarea factorului 1,5 la valoarea pagubei produse pădurii; e) pentru fondul forestier pentru care nu există obligativitatea întocmirii amenajamentului silvic în condițiile art. 20 alin. (2): prin aplicarea factorului 0,5 la valoarea pagubei produse pădurii.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 517/08.07.2016.

¹⁶ Publicată în M. Of. nr. 267/29.10.1996, republicată în M. Of. nr. 78/18.02.1998, apoi în nr. 552/27.06.2006.

Modificările legislative succesive și-au pus amprenta asupra actului normativ în discuție, pe durata de viață de peste 22 de ani a acestuia.

Textul de lege supus analizei constituie tocmai un efect al modificărilor legislative succesive de natură a conduce la formulări confuze ori inexacte ale incriminărilor în materie penală.

Conform prevederilor art. 44 din Legea nr. 111/1996: „(1) Efectuarea unei activități dintre cele prevăzute la art. 2, la art. 24 alin. (1), la art. 28 alin. (2) și la art. 38 alin. (1), fără a avea autorizația corespunzătoare prevăzută de lege, precum și nerespectarea art. 38 alin. (2¹) și (2²) constituie infracțiune și se pedepsește după cum urmează: a) cu închisoare de la 6 luni la 2 ani sau cu amendă, activitățile prevăzute la: art. 2 lit. a) privitoare la cercetarea, proiectarea, deținerea, amplasarea, construcția sau montajul, conservarea instalațiilor nucleare; art. 2 lit. b); art. 2 lit. d) privitoare la mijloacele de containerizare sau de transport al materialelor radioactive, special amenajate în acest scop; art. 2 lit. g); art. 24 alin. (1) și la art. 38 alin. (1); b) cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi, nerespectarea art. 38 alin. (2¹) și (2²) și efectuarea neautorizată a unor activități prevăzute la: art. 2 lit. a) privitoare la punerea în funcțiune, funcționarea de probă, exploatarea, modificarea, dezafectarea, importul și exportul instalațiilor nucleare; art. 2 lit. c), dacă instalațiile radiologice, materialele nucleare sau radioactive, deșeurile radioactive și generatoarele de radiații prezintă un risc nuclear ori radiologic deosebit; art. 2 lit. e) și f) și art. 28 alin. (2), dacă materialele nucleare sau radioactive, deșeurile radioactive și generatoarele de radiații prezintă un risc nuclear ori radiologic deosebit. (2) Tentativa la infracțiunile prevăzute la alin. (1) lit. b) se pedepsește”.

Raportându-ne la conținutul constitutiv al infracțiunii în discuție, reținem că situație premisă există și constă în obligația legală a obținerii autorizației pentru desfășurarea activităților incriminate, însă apreciem că această obligație subzistă numai pentru prima variantă normativă a infracțiunii prevăzute de art. 44 din Legea nr. 111/1996.

Pornind de la textul de lege anterior redat, acțiunile ori omisiunile incriminate sunt reprezentate, în prima variantă normativă, de desfășurarea unei activități dintre cele prevăzute la art. 2, la art. 24 alin. (1), la art. 28 alin. (2) și la art. 38 alin. (1), fără a avea autorizația corespunzătoare prevăzută de lege, iar în a doua variantă normativă de nerespectarea art. 38 alin. (2¹) și (2²) din același act normativ.

Determinarea conduitei sancționate penal nu poate fi realizată decât prin redarea textelor indicate în norma de incriminare. Dată fiind dimensiunea acestora, vor fi redată în cadrul notelor de subsol. Art. 2 prevede câmpul de reglementare al Legii nr. 111/1996¹⁷, art. 24, alin.1 din același act normativ¹⁸ vizează obligativitatea autorizării

¹⁷ Conform art. 2 din Legea nr. 111/1996: „Prevederile prezentei legi se aplică următoarelor activități și surse de radiații: a) cercetarea, proiectarea, deținerea, amplasarea, construcția, montajul, punerea în funcțiune, funcționarea de probă, exploatarea, modificarea, conservarea, dezafectarea sau închiderea, importul, exportul și transferul intracomunitar al instalațiilor nucleare, inclusiv al celor de gestionare a combustibilului nuclear uzat; b) proiectarea, deținerea, amplasarea, construcția-montajul, punerea în funcțiune, funcționarea, conservarea și dezafectarea instalațiilor de minerit și preparare a minereurilor de uraniu și toriu și a instalațiilor de gestionare a deșeurilor de la mineritul și prepararea minereurilor de uraniu și toriu; c) producerea, amplasarea, construcția, furnizarea, închirierea, transferul, manipularea, deținerea, utilizarea, depozitarea intermediară, dezafectarea, transportul, tranzitul, importul, exportul și transferul intracomunitar al instalațiilor radiologice, inclusiv al instalațiilor de gestionare a deșeurilor radioactive; c¹) producerea, fabricarea, furnizarea, închirierea, transferul, manipularea, deținerea, prelucrarea, utilizarea, reciclarea, depozitarea intermediară, transportul, tranzitul, importul, exportul și transferul intracomunitar al materialelor radioactive și surselor radioactive, după caz; c²) producerea, fabricarea, furnizarea, transferul, manipularea, deținerea, prelucrarea, utilizarea, depozitarea intermediară, transportul, tranzitul, importul, exportul și transferul intracomunitar al materialelor nucleare, inclusiv al combustibilului nuclear proaspăt și uzat; c³) transferul, manipularea, deținerea, predepozitarea, depozitarea intermediară, depozitarea definitivă, transportul, tranzitul, importul, exportul și transferul intracomunitar al deșeurilor radioactive; d) producerea, furnizarea și utilizarea aparaturii de control dozimetric și a sistemelor de detecție a radiațiilor ionizante, a materialelor și dispozitivelor utilizate pentru protecția împotriva radiațiilor ionizante, precum și a mijloacelor de containerizare sau de transport al materialelor radioactive, special amenajate în acest scop; e) producerea, fabricarea, închirierea, deținerea, deținerea, exportul, importul și transferul intracomunitar al materialelor, dispozitivelor și echipamentelor prevăzute în anexa nr. 1; f) deținerea, transferul, importul, exportul și transferul intracomunitar al informațiilor nepublicate, aferente materialelor, dispozitivelor și echipamentelor pertinente pentru proliferarea armelor nucleare și a altor dispozitive nucleare explozive, prevăzute în anexa nr. 1. g) realizarea produselor și serviciilor destinate instalațiilor nucleare; h) realizarea produselor și serviciilor destinate surselor de radiații, aparaturii de control dozimetric, sistemelor de detecție a radiațiilor ionizante, materialelor și dispozitivelor utilizate pentru protecția împotriva radiațiilor ionizante; h¹) proiectarea și executarea construcțiilor cu specific nuclear; i) sursele orfane, de la detectarea acestora până la depozitarea definitivă ca deșeu radioactiv; j) fabricarea, importul, exportul și tranzitul de produse destinate consumului care au fost iradiate, care conțin sau au fost contaminate cu materiale radioactive; k) activitățile care conduc la expunerea lucrătorilor sau populației la radon și toron ori descendenții acestora din interior, la expunerea externă generată de materiale de construcții, precum și situații de expunere prelungită cauzată de efectele pe termen lung ale unei urgențe sau ale unei activități umane din trecut; l) amplasamentele contaminate cu substanțe minerale asociate în zăcămint cu uraniu sau toriu sau cu contaminare radioactivă reziduală rezultată dintr-un accident radiologic sau nuclear, după ce starea de urgență a fost declarată terminată; m) activitățile umane care implică prezența surselor naturale de radiații ce conduc la o creștere semnificativă a expunerii lucrătorilor sau a populației, inclusiv exploatarea aeronavelor în ceea ce privește expunerea echipajelor în timpul zborului, extracția și prelucrarea substanțelor minerale asociate în zăcămint cu uraniu sau toriu și a altor materii prime care, în procesul de extragere și pe fluxul tehnologic de prelucrare, conduc la o creștere a concentrațiilor de radionuclizi naturali în produse intermediare și reziduuri, precum și prelucrarea materialelor care conțin radionuclizi naturali; n) pregătirea, planificarea și răspunsul pentru toate situațiile de expunere la radiații ionizante în scopul protecției sănătății populației, lucrătorilor și a lucrătorilor în situații de urgență”.

¹⁸ Conform art. 24 alin. 1 din Legea nr. 111/1996: „Este obligatorie autorizarea sistemelor de management în domeniul nuclear al activităților de proiectare, amplasare, aprovizionare, fabricare, furnizare de servicii, construcție, montaj, punere în funcțiune, exploatare, dezafectare sau conservare, pentru instalațiile nucleare și pentru produsele, serviciile și sistemele care sunt clasificate ca fiind importante pentru securitatea nucleară”.

sistemelor de management în domeniul nuclear, art. 28 alin. 2 din aceeași act¹⁹ se referă la obligativitatea autorizației de deținere, conservare, dezafectare sau transfer, iar art. 38 alin. 1 privește două categorii de autorizații ce se impun a fi emise de Ministerul Sănătății²⁰.

Volumul impresionat de conduite sancționate penal, astfel cum sunt rezultate din raportarea art. 44 la prevederile art. 2 din Legea nr. 111/1996, evidențiază limitele tehnicii normative la care a recurs legiuitorul român și dă naștere unui proces dificil de determinare a acțiunilor sau omisiunilor prohibite conform textului de lege, care pune sub semnul îndoielii compatibilitatea actului normativ cu prevederile art. 7 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului sub aspectul previzibilității legii penale. În urma filtrării textului de lege, apreciem că variantele normative concrete în care se poate săvârși infracțiunea în discuție sunt reprezentate de următoarele modalități: a) cercetarea, proiectarea, deținerea, amplasarea, construcția, montajul, punerea în funcțiune, funcționarea de probă, exploatarea, modificarea, conservarea, dezafectarea sau închiderea, importul, exportul și transferul intracomunitar al instalațiilor nucleare, inclusiv al celor de gestionare a combustibilului nuclear uzat; b) proiectarea, deținerea, amplasarea, construcția-montajul, punerea în funcțiune, funcționarea, conservarea și dezafectarea instalațiilor de minerit și preparare a minereurilor de uraniu și toriu și a instalațiilor de gestionare a deșeurilor de la mineritul și prepararea minereurilor de uraniu și toriu; c) producerea, amplasarea, construcția, furnizarea, închirierea, transferul, manipularea, deținerea, utilizarea, depozitarea intermediară, dezafectarea, transportul, tranzitul, importul, exportul și transferul intracomunitar al instalațiilor radiologice, inclusiv al instalațiilor de gestionare a deșeurilor radioactive; d) producerea, furnizarea și utilizarea aparaturii de control dozimetric și a sistemelor de detecție a radiațiilor ionizante, a materialelor și dispozitivelor utilizate pentru protecția împotriva radiațiilor ionizante, precum și a mijloacelor de containerizare sau de transport al materialelor radioactive, special amenajate în acest scop; e) producerea, fabricarea, închirierea, transferul, deținerea, exportul, importul și transferul intracomunitar al materialelor, dispozitivelor și echipamentelor prevăzute în anexa nr. 1; f) deținerea, transferul, importul, exportul și transferul intracomunitar al informațiilor nepublicate, aferente materialelor, dispozitivelor și echipamentelor pertinente pentru proliferarea armelor nucleare și a altor dispozitive nucleare explozive, prevăzute în anexa nr. 1; g) realizarea produselor și serviciilor destinate instalațiilor nucleare.

Observăm că legiuitorul, la momentul elaborării articolului 44 a făcut referire în totalitate la prevederile art. 2 din același act normativ, însă a ales să stabilească o sancțiune penală doar pentru desfășurarea activităților prevăzute de art. 2, literele a, b, c, d, e, f, g, iar întreprinderea vreuneia din activitățile reglementate de art. 2 lit. c¹, c², c³, h, h¹, i, j, k, l, m, n, deși intră sub incidența câmpului de aplicare a Legii nr. 111/1996, nu a fost sancționată penal.

În mod paradoxal, legiuitorul sancționează cu închisoare de la 2 la 7 ani și interzicerea unor drepturi săvârșirea fără autorizația prevăzută de lege a acțiunii de producere, amplasare, construcție, furnizare, închiriere, transfer, manipulare, deținere, utilizare, depozitare intermediară, dezafectare, transport, tranzit, import, export și transferul intracomunitar al *instalațiilor radiologice, inclusiv al instalațiilor de gestionare a deșeurilor radioactive*²¹; dar interzice fără a prevedea o pedeapsă penală producerea, fabricarea, furnizarea, închirierea, transferul, manipularea, deținerea, prelucrarea, utilizarea, reciclarea, depozitarea intermediară, transportul, tranzitul, importul, exportul și transferul intracomunitar al *materialelor radioactive și surselor radioactive*²². Deși efectuarea de operații cu materiale radioactive ori surse radioactive este susceptibilă să producă daune ireversibile vieții umane, sănătății publice și mediului înconjurător, legiuitorul s-a mărginit la a incrimina numai operațiunile efectuate cu *instalații radiologice, inclusiv al instalațiilor de gestionare a deșeurilor radioactive*.

După aprecierea noastră, această necorelare legislativă este o consecință nedorită, neprevăzută și neremediată până în prezent a modificărilor legislative punctuale și repetate ale Legii nr. 111/1996, fără înlăturarea imperfecțiunilor generate de corelările legislative efectuate de legiuitor prin utilizarea metodei de incriminare *per relationem*.

Ca argument în acest sens, arătăm că în forma inițială a legii, publicată în M. Of. nr. 267/29.10.1996, art. 2 conținea lit. a)-g), acestea din urmă făcând obiectul protecției penale atât în forma inițială a legii, cât și în forma actuală, însă restul prevederilor art. 2 sunt rezultatul modificărilor legislative succesive, pe parcursul celor 22 de ani de activitate a legii, iar până în prezent au scăpat protecției penale conferite de art. 44 din același act normativ.

Infracțiunea prevăzută de art. 44 din Legea nr. 111/1996 este tipică și în situația efectuării activităților prevăzute de art. 24 alin. (1), art. 28 alin. (2) sau art. 38 alin. (1), fără autorizația corespunzătoare prevăzută de lege. După cum

¹⁹ Art. 28 alin. 2 din Legea nr. 111/1996 prevede: „La încetarea activității sau la dezafectarea instalațiilor nucleare ori radiologice, precum și la transferul, în parte sau în totalitate, al instalațiilor nucleare și radiologice, al produselor radioactive ori materialelor nucleare, titularul autorizației este obligat, în prealabil, să solicite și să obțină, în condițiile prevăzute de lege, autorizația de deținere, conservare, dezafectare sau transfer, după caz”.

²⁰ Art. 38 alin. 1 din Legea nr. 111/1996 prevede: „Ministerul Sănătății Publice autorizează: a) introducerea în circuitul economic și social, în vederea utilizării sau consumului de către populație, a produselor care au fost supuse iradierii sau care conțin materiale radioactive; b) introducerea în domeniul medical, pentru diagnostic și tratament medical, a surselor de radiații închise, deschise, a dispozitivelor generatoare de radiații ionizante și a produselor farmaceutice care conțin materiale radioactive”.

²¹ Conform art. 44 alin. 1, lit. b) din Legea nr. 111/1996, raportat la art. 2 lit. c) din același act normativ.

²² Conform art. 44 alin. 1, partea introductivă, din Legea nr. 111/1996, raportat la art. 2 din același act normativ.

rezultă din textele anterior redate, acțiunea incriminată este constituită de desfășurarea activităților de proiectare, amplasare, aprovizionare, fabricare, furnizare de servicii, construcție, montaj, punere în funcțiune, exploatare, dezafectare sau conservare, pentru instalațiile nucleare și pentru produsele, serviciile și sistemele care sunt clasificate ca fiind importante pentru securitatea nucleară; ori de încetarea activității sau dezafectarea instalațiilor nucleare ori radiologice, precum și la transferul, în parte sau în totalitate, al instalațiilor nucleare și radiologice, al produselor radioactive ori materialelor nucleare; ori de introducerea în circuitul economic și social, în vederea utilizării sau consumului de către populație, a produselor care au fost supuse iradierii sau care conțin materiale radioactive sau introducerea în domeniul medical, pentru diagnostic și tratament medical, a surselor de radiații închise, deschise, a dispozitivelor generatoare de radiații ionizante și a produselor farmaceutice care conțin materiale radioactive.

În toate modalitățile normative anterior enunțate cerință esențială atașată elementului material constă în săvârșirea faptelor incriminate fără autorizația corespunzătoare prevăzută de lege.

Cea de-a doua variantă normativă pentru infracțiunea în discuție este reprezentată de nerespectarea prevederilor art. 38 alin. (2¹) și (2²) din Legea nr. 111/1996²³. Din corelarea prevederilor redate apreciem că este sancționată activitatea producătorului, importatorului sau exportatorului de alimente, produse cosmetice, jucării și ornamente personale, care adaugă deliberat substanțe radioactive în produsele sale. Deși înțelegem și considerăm oportună existența incriminării, nu putem să nu observăm dificultatea deducerii lui *verbum regens*, sens în care observăm că utilizarea acestei tehnici normative a trimiterii la altă prevedere legală este de natură a afecta caracterul previzibil al legii penale.

Urmarea imediată este reprezentată de o stare de pericol pentru valorile sociale protejate, respectiv pentru integritatea factorilor de mediu naturali și antropici. Unii autori²⁴ au considerat că urmarea imediată constă într-o stare de pericol pentru echilibrul ecologic, însă apreciem formularea propusă anterior ca preferabilă, întrucât infracțiunea va îndeplini condițiile de tipicitate și în cazul în care starea de pericol concret ar opera asupra unui ecosistem disfuncțional ori în curs de refacere, care nu prezintă, așadar, un echilibru ecologic. Fiind o infracțiune de pericol abstract, nu este necesară producerea vreunui rezultat pentru tipicitatea acesteia. Mai mult, dacă faptele incriminate au ca efect și un rezultat mai grav, precum vătămarea vieții, integrității sau bunurilor unei persoane, considerăm că se va reține în concurs și o infracțiune îndreptată împotriva vieții sau integrității corporale, ori patrimoniului.

Legătura de cauzalitate rezultă *ex re*, fiind incriminată o stare de pericol abstract care constituie urmarea inevitabilă a realizării elementului material.

În privința laturii subiective, reținem că prin raportare la prevederile art. 16 alin. 6 C. pen., infracțiunea poate fi săvârșită atât cu intenție directă cât și cu intenție indirectă.

Mobilul și scopul nu prezintă importanță pentru încadrarea juridică, însă vor fi valorificate la momentul individualizării judiciare a pedepsei.

4. Cu titlul de concluzie, reținem că analiza punctuală a conținutului constitutiv al celor două infracțiuni anterior redate, respectiv art. 107 alin. 1 din Legea nr. 46/2008 și art. 44 din Legea nr. 111/1996 a pus în evidență o serie de dificultăți reale în punerea în aplicare a textelor în practica judiciară.

În materie penală, lipsa jurisprudenței are o natură bivalentă, putând reprezenta fie un factor pozitiv atunci când criminalitatea este quasi-inexistentă, fie un factor negativ atunci când criminalitatea există dar activitatea de identificare, urmărire și condamnare a făptuitorilor este compromisă.

Deși reținem că existența infracțiunilor silvice și a practicii judiciare în ultimul deceniu nu este contestată, în ceea ce privește infracțiunea în discuție în forma analizată, nu am putut identifica practică relevantă. După aprecierea noastră, în cazul infracțiunii prevăzute de art. 107 alin. 1 C. silvic, activitatea de tragere la răspundere a făptuitorilor este formal paralizată ca efect al intrării în vigoare a Legii nr. 175/2017 privind modificarea și completarea Legii nr. 46/2008 – Codul silvic, precum și pentru modificarea art. 5 alin. 2 din Legea nr. 192/2010 privind trecerea unor drumuri forestiere și a lucrărilor de colectare a torenților din domeniul public al statului și din administrarea Regiei Naționale a Pădurilor Romsilva, în domeniul public al unor unități administrativ-teritoriale și în administrarea consiliilor locale ale acestora²⁵, care a stabilit un nou mod de calcul al prejudiciului, cerință esențială pentru întrunirea conținutului constitutiv al infracțiunii, într-o manieră nereglementată ca și criterii de determinare până în prezent.

Opinăm că se impune intervenția legiuitorului în sensul stabilirii în concret, prin lege, a unui algoritm de calcul al prejudiciului, inclusiv cu realizarea clasificării pădurilor în tipuri funcționale cuprinse între I și VI, ori revenirea la reglementarea anterioară modificării legislative evocate.

²³ Conform art. 38 alin. (2¹) și (2²) din Legea nr. 111/1996, „(2¹) Se interzic adăugarea deliberată de substanțe radioactive în producerea alimentelor, a hranei pentru animale și a produselor cosmetice, precum și importul sau exportul unor asemenea produse. (2²) Se interzic adăugarea deliberată de substanțe radioactive în fabricarea jucăriilor și a ornamentelor personale, precum și importul sau exportul unor asemenea produse”.

²⁴ M. Gorunescu în M.A. Hotca (coord.), *op. cit.*, p. 596.

²⁵ Publicată în M. Of. nr. 569 din 18 iulie 2017.

În ceea ce privește infracțiunea prevăzută de art. 44 din Legea nr. 111/1996, reținem că aceasta nu a produs jurisprudență relevantă pentru a se verifica modul de determinare a conținutului incriminării în practica judiciară, sens în care încărcarea reglementării prin modificări legislative succesive nu a fost resimțită și nu a prejudiciat în mod concret interesele unei persoane implicate într-un proces penal, însă, dată fiind maniera de tehnică normativă aleasă de legiuitor, s-a ajuns la o imprecizie a determinării conduitei interzise. Astfel, după cum am arătat, modificările legislative punctuale, fără corelarea dispozițiilor modificate cu textele de lege preexistente au condus la scăparea din sfera protecției penale a unor conduite ce prezintă pericol social real.

Și în această situație opinăm, *de lege ferenda*, că se impune o regândire a art. 44 din Legea nr. 111/1996, prin care să se stabilească la un nivel determinat acțiunile sau omisiunile prohibite, după cum am propus, ca efect al interpretării normei cadru și a normelor completatoare.

În final, observăm că reglementările juridice analizate nu pot fi, în mod rezonabil, puse în practică în maniera în care au fost elaborate de legiuitor. În egală măsură, reținem că protecția mediului prin intermediul acestor două dispoziții incriminatorii nu este efectivă, în ciuda faptului că recurgerea la răspunderea penală se impune ca soluție extremă pentru ocrotirea unor valori sociale.

Deși, actualul articol 107 alin. 1 C. silvic, într-o formă anterioară, a făcut obiectul practicii judiciare a Înaltei Curți de Casație și Justiție – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept²⁶, observăm că respectiva decizie nu este susceptibilă de aplicare problemei expuse în prezent, deoarece situația legislativă a suferit o nouă schimbare odată cu modificarea Codului silvic prin Legea nr. 175/2017, iar în actuala formă, criteriile efective de determinare a prejudiciului nu au un suport legal.

Concluzia pe care o desprindem din analiza întreprinsă ne îndreptățește să credem că jurisprudența, în sensul contemporan, de practică a instanțelor judecătorești, nu poate conduce la o interpretare viabilă a unor prevederi cronic deficitare, ci doar la constatarea ineficienței lor. Însă, dacă vom avea în vedere sensul originar al noțiunii de *jurisprudentia*, ca știință a dreptului, vom reține că sistemul de drept pozitiv actual, cu toate impreciziile sale, este eminamente perfectibil, iar în baza unor intervenții raționale din partea legiuitorului, normele criticate prin prezenta lucrare ar putea conferi o protecție efectivă.

²⁶ Decizia nr. 6/20.03.2015 – I.C.C.J. – Completul pentru dezlegarea unor chestiuni de drept – publicată în M. Of. nr. 257/17.04.2015.

PRINCIPIILE GENERALE ALE DIRECTIVEI EIA ÎN CADRUL JURISPRUDENȚEI CURȚII DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE

The General Principles of The EIA Directive in The Jurisprudence of The European Union Court of Justice

Ștefan JUSTIN

Rezumat: În cadrul prezentului articol sunt analizate principiile generale ale directivei EIA care se desprind din jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene în următoarele domenii: obiectivele tratatelor fundamentale ale UE cu privire la mediu, transpunerea unei directive și informații privind transpunerea care trebuie furnizate de Statele Membre, sarcina probei, domeniul de aplicare și scopul Directivei EIA, interpretarea uniformă și aplicare dreptului UE, obligația de remediere, termene limită, condiții pentru a solicita compensații.

Cuvinte-cheie: directiva EIA, aplicarea dreptului UE, compensații.

Abstract: The general principles of EIA Directive are analysed throughout this article, principles deriving from the case law of EU Court of Justice in the following areas: EU fundamental treaties' objectives regarding the environment, transposition of a directive and information concerning the transposition to be provided by the Member States, burden of proof, scope and purpose of EIA Directive, uniform interpretation and application of UE law, intercession obligation, deadlines, conditions to request compensations.

Keywords: EIA Directive, application of UE law, conditions to request compensations.

I. Politica de mediu la nivelul Uniunii Europene

Dreptul mediului se află într-o evoluție permanentă, în raport de obiectivele actualizate urmărite în cadrul acestei ramuri de drept. Schimbarea realităților ecologice și transformările socio-culturale au determinat evoluția dreptului mediului din zona inițială a protecției către obiectivul de restaurare și gestionare a mediului. Ulterior Conferinței de la Rio (iunie 1992), componenta de mediu, alături de cea economică, socială și culturală, au devenit elementele de bază ale conceptului dezvoltării durabile¹.

Dezvoltarea durabilă este un obiectiv general al Uniunii Europene, care se angajează prin art. 3 alin. (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană să acționeze pentru dezvoltarea durabilă a Europei în vederea asigurării, printre altele, a unui „nivel înalt de protecție și îmbunătățire a calității mediului”.

În vederea corelării dezideratului dezvoltării economice cu protecția mediului la nivel european, pentru protejarea resurselor naturale ale continentului și pentru a asigura sănătatea și bunăstarea celor care locuiesc în spațiul Uniunii Europene, au fost elaborate, de-a lungul vremii, standarde ridicate de protecție a mediului la nivelul politicilor și legislației Uniunii Europene.

Articolul 11, precum și articolele 191-193 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene („TFUE”) pun bazele politicii de mediu la nivelul Uniunii Europene. Potrivit art. 11 din TFUE, „cerințele de protecție a mediului trebuie integrate în definirea și punerea în aplicare a politicilor și acțiunilor Uniunii, în special pentru promovarea dezvoltării durabile”.

Studiul de impact ecologic reprezintă un instrument important pentru integrarea aspectelor de mediu în cadrul politicilor guvernamentale. Obiectivul procedurii studiului de impact ecologic este ca efectele negative ale unui proiect nou asupra mediului să fie minime, iar pentru realizarea acestuia implicațiile de mediu ale unei decizii trebuie luate în considerare anterior momentului adoptării deciziilor.

Potrivit legislației Uniunii Europene, evaluarea de mediu poate fi realizată pentru proiecte individuale, în baza Directivei 2011/92/EU („Directiva EIA”) sau pentru planuri și programe publice, în baza Directivei 2001/42/EC („Directiva SEA”). Ambele directive urmăresc să se asigure că proiectele, planurile și programele care pot avea un impact semnificativ asupra mediului vor fi supuse unei evaluări de mediu înaintea aprobării sau autorizării lor, în vederea asigurării unui nivel ridicat de protecție a mediului la nivelul Uniunii Europene.

Atât directiva EIA, cât și cea SEA sunt instrumente care urmăresc atingerea obiectivelor Uniunii Europene în materie de mediu, adoptarea lor reprezentând acțiuni întreprinse de Uniune în vederea realizării obiectivelor menționate în art. 191 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene.

În țara noastră, „politicile și reglementările legate de mediu rămân preponderent reflexe ale măsurilor adoptate în cadrul Uniunii Europene în domeniu”².

¹ Andrei Duțu, *Dreptul de proprietate și exigențele de mediu* în Studii și Cercetări Juridice, Anul 1, Nr. 3, p. 270.

² Mircea Duțu, *Dezvoltarea istorică și evoluția legislației românești privind conservarea naturii și protecția mediului* în Studii și Cercetări Juridice, Anul 6, Nr. 1, p. 19.

În România, ca de altfel în toate statele membre ale Uniunii Europene, studiul de impact ecologic reprezintă un instrument important pentru integrarea aspectelor de mediu în cadrul politicilor guvernamentale, în vederea realizării obiectivelor asumate prin TFUE și a asigurării unui „*nivel ridicat de protecție*” [art. 191 alin. (2) din TFUE]. De altfel, așa cum rezultă din documentul intitulat „*Evaluarea punerii în aplicare a politicilor de mediu ale UE. Raport de țară – România*”, elaborat în anul 2017 de către Comisia Europeană, „*România a aliniat pe deplin evaluarea strategică de mediu pentru planuri și programe (SEA) și evaluarea impactului asupra mediului pentru proiecte (EIM)*”. Totodată, în același document se mai precizează că „*transpunerea directivei EIM revizuită va fi o ocazie de a simplifica acest cadru de reglementare privind evaluările de mediu și de a îmbunătăți calitatea evaluărilor impactului care au fost efectuate*”³.

Directiva 2011/92/EU, reprezentând varianta codificată a directivei inițiale privind EIA și a celor trei amendamente ulterioare, a cunoscut o nouă revizuire în anul 2014, când Parlamentul European și Consiliul Uniunii Europene au adoptat Directiva 2014/52/UE din 16 aprilie 2014 de modificare a Directivei 2011/92/UE privind evaluarea efectelor anumitor proiecte publice și private asupra mediului, publicată în Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, seria L, nr. 124 din 25 aprilie 2014. Prin intermediul acestei noi modificări s-au urmărit următoarele obiective:

- Consolidarea calității procedurii de evaluare a impactului asupra mediului;
- Alinierea procedurii de evaluare a impactului asupra mediului la principiile reglementării inteligente și
- Îmbunătățirea coerenței și sinergiilor cu alte dispoziții juridice din dreptul Uniunii Europene și cu alte politici ale Uniunii, precum și cu strategiile și politicile elaborate de statele membre în domenii de competență națională.

Directiva 2014/52/UE a intrat în vigoare la 15 mai 2014, iar termenul prevăzut pentru transpunerea prevederilor acesteia în legislația națională a fost 16 mai 2017. Deoarece transpunerea directivei europene în legislația națională reprezintă o obligație pentru toate Statele Membre, România s-a conformat obligației de transpunere prin intermediul Legii nr. 292/2018 privind evaluarea impactului anumitor proiecte publice și private asupra mediului, intrată în vigoare la data de 9 ianuarie 2019.

Față de cele prezentate mai înainte, în mod corect și sugestiv, s-a reținut în literatura de specialitate că „*studiul de impact ecologic a devenit procedură administrativă, parlamentară, principiu general al dreptului internațional și regulă de fond și reprezintă tot mai mult un instrument de evaluare a acțiunii juridico-administrative de protecție a mediului*”⁴.

Evaluarea impactului de mediu reprezintă astăzi una dintre procedurile de bază ale dreptului mediului și cunoaște, în funcție de deciziile avute în vedere, trei situații de aplicare:

- Studiul de impact clasic efectuat înaintea aprobării proiectelor publice și private;
- Studiul de impact strategic premergător adoptării planurilor și programelor și
- Studiul de impact asupra efectelor normelor juridice generale în etapa de proiect a procesului de elaborare și adoptare a actelor normative, pentru a analiza efectele acestor dispoziții asupra mediului⁵.

2. Curtea de Justiție a Uniunii Europene (CJUE)

CJUE este instituția care se asigură că legislația UE este aplicată și interpretată în mod unitar în toate țările membre. CJUE este formată din 2 instanțe, respectiv Curtea de Justiție și Tribunalul. Competența și funcționarea Curții de Justiție a Uniunii Europene sunt reglementate în cadrul art. 251-281 din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene.

Jurisprudența analizată în cuprinsul acestui articol se referă la acțiunile în constatarea neîndeplinirii obligațiilor (art. 258 din TFUE) și la interpretarea legislației Uniunii Europene prin intermediul hotărârilor preliminare (art. 267 din TFUE).

În cazul procedurii reglementate prin art. 258 din TFUE, este vorba despre acțiunile introduse împotriva unui stat care nu își îndeplinește obligațiile prevăzute în legislația europeană. Acțiunile în constatarea neîndeplinirii obligațiilor pot fi inițiate de Comisia Europeană sau de un alt stat membru al UE. În cazul constatării vinovăției statului respectiv, acesta are obligația de remediere imediată a încălcării, iar în cazul neexecutării obligației de remediere se va putea introduce o a doua acțiune împotriva statului respectiv, care poate conduce la aplicarea unei amenzi.

Prin procedura enunțată în art. 267 din TFUE, Curtea de Justiție a UE poate pronunța o hotărâre preliminară cu privire la interpretarea tratatelor și la validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii. Prin intermediul acestei proceduri, cetățenii Uniunii poate obține clarificarea regulilor UE care îl afectează. În vedere aplicării eficiente și uniforme a legislației europene și pentru a evita riscul interpretării diferite a legislației de către instanțele statelor membre, instanțele naționale se pot adresa (iar uneori sunt chiar obligate) Curții

³ Comisia Europeană, *Evaluarea punerii în aplicare a politicilor de mediu ale UE. Raport de țară – România*, UE, 2017, p. 28.

⁴ Andrei Duțu, *Analiza ecologică a dreptului* în Studii și Cercetări Juridice, Anul 4, Nr. 1, p. 54.

⁵ *Ibidem*, p. 56.

de Justiție ori de câte ori au îndoieli cu privire la interpretarea sau valabilitatea unui act legislativ al UE. Totodată, tot în cadrul acestui mecanism, instanțele naționale pot solicita opinia Curții de Justiție pentru a stabili dacă un act legislativ sau o practică națională este compatibilă cu dreptul UE.

Având în vedere rolul Curții de Justiție în cadrul Uniunii Europene, apreciem că aceasta joacă un rol important în implementarea și interpretarea Directivei EIA, iar cunoașterea jurisprudenței Curții în materie este necesară pentru o mai bună înțelegere a conținutului și obiectivelor acestei directive⁶.

3. Principii generale în domeniul EIA

Directiva EIA are la baza dispozițiile tratatelor fundamentale ale Uniunii Europene privind acțiunile de mediu care urmează să fie adoptate de Uniunea Europeană în temeiul art. 192 alin. (1) din TFUE (ex-articolul 175 TCE)⁷ în vederea atingerii obiectivelor de mediu enunțate prin art. 191 alin. (1) TFUE.

Obiectivele tratatelor fundamentale ale Uniunii Europene cu privire la mediu

Articolul 3 alin. (3) din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE) trasează obiectivul general al politicii UE în domeniul mediului: **obținerea unui nivel înalt de protecție și de îmbunătățire a calității mediului**. Acest obiectiv al UE este specificat și în art. 191 alin. (2) din TFUE care prevede că „*politica Uniunii în domeniul mediului urmărește un nivel ridicat de protecție, ținând seama de diversitatea situațiilor din diferitele regiuni ale Uniunii*”.

Obiectivul **asigurării unui nivel ridicat de protecție** reprezintă o sinteză a celor patru obiective stabilite prin art. 192 alin. (1) din TFUE:

- Conservarea, protecția și îmbunătățirea calității mediului;
- Ocrotirea sănătății persoanelor;
- Utilizarea prudentă și rațională a resurselor naturale;
- Promovarea pe plan internațional a unor măsuri destinate să contracareze problemele de mediu la scară regională sau mondială și în special lupta împotriva schimbărilor climatice

În privința obiectivelor de politică externă ale Uniunii Europene, articolul 3 alin. (5) TUE introduce **obligatia Uniunii de a contribui la dezvoltarea durabilă a planetei**. Articolul 21 alin. (2) lit. d) TUE dezvoltă obligația menționată anterior, precizând că „*Uniunea deținește și desfășoară politici comune și acțiuni și acționează pentru asigurarea unui nivel înalt de cooperare în toate domeniile relațiilor internaționale în scopul promovării dezvoltării durabile pe plan economic, social și de mediu a țărilor în curs de dezvoltare, cu scopul primordial de a eradica sărăcia*”. Totodată, în vederea realizării acestui obiectiv, potrivit art. 21 alin. (2) lit. f) TUE, Uniunea participă la elaborarea unor măsuri internaționale pentru conservarea și îmbunătățirea calității mediului și gestionarea durabilă a resurselor naturale mondiale, în vederea asigurării unei dezvoltări durabile.

Articolul 37 din Carta Drepturilor Fundamentale a Uniunii Europene, având caracter obligatoriu potrivit Tratatului de la Lisabona, prevede, de asemenea, că: „*Politicile Uniunii trebuie să prevadă un nivel ridicat de protecție a mediului și de îmbunătățire a calității acestuia, care să fie asigurat în conformitate cu principiul dezvoltării durabile*”.

Potrivit jurisprudenței Curții, articolul 191 alin. (1) din TFUE **autorizează adoptarea unor măsuri care vizează numai anumite aspecte definite ale mediului, în măsura în care aceste măsuri contribuie la menținerea, la protejarea și la îmbunătățirea calității mediului**⁸.

În doctrină, s-a reținut că „*în ciuda apariției frecvente în cuprinsul textelor TUE, TFUE și al Cartei, obiectivul asigurării unui nivel înalt de protecție rămâne profund ambiguu*”⁹. De altfel, această ambiguitate a reprezentat cheia succesului pentru implementarea multor obiective generale ale Uniunii, cu toate divergențele de opinii existente în cazul Statelor Membre, fapt pentru care și în materia protecției mediului Uniunea a ales un drum deja bătătorit.

Chiar dacă art. 192 alin. (2) din TFUE face referire la un nivel ridicat de protecție pentru politicile de mediu din cadrul Uniunii, un astfel de nivel de protecție, pentru a fi compatibil cu prevederile tratatului, **nu trebuie să fie neapărat cel mai ridicat posibil din punct de vedere tehnic**¹⁰. De altfel, art. 193 din TFUE autorizează statele membre să mențină sau să stabilească măsuri de protecție mai stricte, cu condiția asigurării compatibilității acestor măsuri cu dispozițiile tratatelor.

⁶ Comisia Europeană, *Environmental Assessments of Plans, Programmes and Projects. Rulings of the Court of Justice of the European Union*, Uniunea Europeană, 2017.

⁷ Art. 192 alin. (1) din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene prevede următoarele: „*Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară și după consultarea Comitetului Economic și Social și a Comitetului Regiunilor, decid cu privire la acțiunile pe care Uniunea urmează să le întreprindă în vederea realizării obiectivelor menționate în art. 191*”.

⁸ A se vedea C-284/95, Safety Hi-Tech, punctul 45 și C-341/95, Bettati, punctul 43.

⁹ Suzanne Kingston, Veerle Heyvaert, Aleksandra Cavoski, *European Environmental Law*, Cambridge University Press, 2017, p. 10.

¹⁰ A se vedea C-284/95, Safety Hi-Tech, punctul 49 și C-341/95, Bettati, punctul 47.

Transpunerea unei directive

În cadrul politicii de mediu a Uniunii Europene, directivele sunt utilizate în mod frecvent datorită naturii lor legale. Potrivit art. 288 din TFUE „*directiva este obligatorie pentru fiecare stat membru destinat cu privire la rezultatul care trebuie atins, lăsând autorităților naționale competența în ceea ce privește forma și mijloacele*”.

La nivelul jurisprudenței CJUE, există numeroase decizii privind transpunerea directivelor în dreptul național. În jurisprudența constantă a Curții, s-a stabilit că **transpunerea unei directive în dreptul intern nu impune în mod necesar o preluarea formală și textuală a dispozițiilor acesteia într-o dispoziție legală sau administrativă expresă și specifică** și că poate fi suficient un context juridic general, cu condiția ca acesta să asigure efectiv deplina aplicare a directivei într-un mod suficient de clar și de precis. De asemenea, dispozițiile unei directive trebuie puse în aplicare cu o forță juridică incontestabilă, cu specificitatea, cu precizia și cu claritatea necesare în vederea satisfacerii cerinței securității juridice care impune ca, în cazul în care directiva vizează crearea de drepturi pentru particulari, beneficiarii să fie în măsură să își cunoască drepturile în totalitate¹¹.

Totodată, Curtea a mai decis că **transpunerea unei directive în ordinea juridică internă trebuie realizată prin dispoziții care să permită crearea unei situații suficient de precisă, clară și transparentă¹², care să permită persoanelor să-și cunoască drepturile și obligațiile.**

Sarcina probei

Articolul 258 TFUE stabilește că în situația în care Comisia consideră că un stat membru a încălcat oricare dintre obligațiile care îi revin în temeiul tratatelor, aceasta va emite un aviz motivat asupra acestui aspect, după ce a oferit statului în cauză posibilitate de a-și prezenta observațiile. Dacă statul respectiv nu se conformează avizului în termenul indicat de Comisie, aceasta are posibilitatea de a sesiza CJUE. În cazul acestei proceduri, **Comisia are obligația de a stabilit existența pretensei neîndepliniri a obligațiilor și de a prezenta Curții elementele necesare pentru ca aceasta să verifice existența neîndeplinirii obligațiilor.** Comisia nu-și poate întemeia acțiunea pe prezumții, iar statele membre sunt, de asemenea, obligate, în temeiul art. 4 alin. 3 TUE¹³ să faciliteze Comisiei îndeplinirea misiunii care-i revine potrivit art. 17 alin. 1 TUE, mai ales în privința aplicării dreptului Uniunii sub controlul CJUE.

În jurisprudența constantă a CJUE s-a stabilit că **revine Comisiei sarcina de a stabili existența pretensei neîndepliniri a obligației.** Într-adevăr, Comisia trebuie să prezinte Curții elementele necesare pentru a aceasta să poată verifica existența neîndeplinirii obligațiilor, fără a se putea întemeia pe vreo prezumție¹⁴.

Într-o altă speță¹⁵, Curtea a reținut că pentru a analiza modul de transpunere al Directivei 85/337 în legislația națională, nu se impune evaluarea efectelor acestei legislații pentru a demonstra caracterul insuficient și defectuos al transunerii, prevederile în sine ale acestei legislații reprezentând motivul pentru care Curtea a considerat că directiva a fost transpusă insuficient sau defectuos.

Într-o altă decizie¹⁶, CJUE a arătat că argumentul Comisiei potrivit căruia evaluarea efectelor asupra mediului nici nu ar fi identificat, nici nu ar fi descris, nici nu ar fi evaluat în mod corespunzător efectele proiectului în cauză asupra mediului și, mai precis, asupra faunei aviare, este insuficient, iar în lipsa unor explicații mai precise și mai detaliate, nu se poate concluziona că s-a făcut dovada, corespunzător cerințelor legale, că această situație se regăsea în speță. Astfel, în ceea ce privește identificarea speciilor de păsări prezente în zona vizată de proiectul în cauză, trebuie să se constate că, în pofida lipsei unei referiri la IBA 98, evaluarea în cauză a efectelor asupra mediului menționează specificul acestei zone în ceea ce privește fauna aviară, conține un inventar al speciilor de păsări enumerate în anexa I la Directiva păsări prezente în zona menționată, printre care *Otis tarda*, și precizează categoria de protecție aplicabilă fiecăreia dintre ele. De asemenea, evaluarea respectivă identifică anumite măsuri destinate să conserve aceste specii, cum ar fi întreruperea lucrărilor în perioadele de reproducere și de creștere a puilor sau interdicția de a îndepărta vegetația între lunile martie și iulie pentru a evita efectele negative asupra reproducerii. Or, Comisia nu precizează motivele pentru care, având în vedere proiectul vizat în mod specific de evaluarea în cauză, aceste măsuri ar fi insuficiente.

Informații privind transpunerea care trebuie furnizate de către Statele Membre

În privința transunerii unei directive în dreptul intern, **Statele Membre au obligația de a furniza Comisiei informații clare și precise, indicând fără ambiguitate actele cu putere de lege și actele administrative prin care consideră că au fost îndeplinite obligațiile decurgând din directivă.**

¹¹ A se vedea C-427/07, Commission v. Ireland, punctele 54-55.

¹² A se vedea C-332/04, Commission v. Spain, punctul 38.

¹³ Art. 4 alin. (3) TUE prevede următoarele: „*În temeiul principiului cooperării loiale, Uniunea și statele membre se respectă și se ajută reciproc în îndeplinirea misiunilor care decurg din tratate. Statele membre adoptă orice măsură generală sau specială pentru asigurarea îndeplinirii obligațiilor care decurg din tratate sau care rezultă din actele instituțiilor Uniunii. Statele membre facilitează îndeplinirea de către Uniune a misiunii sale și se abțin de la orice măsură care ar putea pune în pericol realizarea obiectivelor Uniunii*”.

¹⁴ A se vedea C308/08 Commission v. Spain, punctul 23.

¹⁵ A se vedea C-435/09, Commission v. Belgium, punctul 59.

¹⁶ A se vedea C-461/14, Commission v. Spain, punctele 50, 54-55.

CJUE a stabilit că în absența acestor informații, Comisia nu poate verifica dacă un Stat Membru a pus în aplicare o anumită directivă. Simpla neîndeplinire a acestei obligații, rezultând din lipsa totală a informării sau dintr-o informare defectuoasă, poate justifica deschiderea proceduri prevăzute la art. 258 TFUE având ca obiect neîndeplinirea obligației de informare. Mai mult decât atât, Statele Membre nu sunt scutite de obligația formală de a informa Comisia nici în situația în care transpunerea unei directive se putea realiza prin intermediul unei norme de drept intern aflată deja în vigoare, situație în care Comisia ar fi lipsită de posibilitatea de a aprecia conformitatea acestor dispoziții cu directiva¹⁷.

Obligația de informare subzistă și în situația în care potrivit legislației interne a unui Stat Membru, o anumită autoritate federală/regională are obligația de a pune în aplicare directivele UE. Într-o decizie pronunțată de CJUE¹⁸ s-a stabilit că un stat membru nu poate invoca anumite situații din sistemul său intern pentru a justifica nerespectarea obligațiilor și a termenelor rezultate din directivele comunitare. Fiecare stat este liber să alocе după cum consideră necesar atribuțiile legislative pe plan intern, dar el continuă să rămână singurul responsabil în fața Comisiei în privința aplicării art. 258 TFUE.

Domeniul de aplicare și scopul Directivei EIA

În privința domeniului de aplicare al Directivei EIA, în jurisprudența constantă a CJUE s-a reținut că acesta **este extins, iar scopul Directivei este unul foarte larg. Totodată, o interpretare teleologică a acestei directive nu poate denatura voința exprimată clar de legiuitorul Uniunii Europene**¹⁹.

Interpretarea uniformă și aplicarea dreptului Uniunii Europene

În scopul interpretării uniforme a legislației Uniunii Europene, CJUE a decis că în cazul existenței unui conflict între traducerile unei dispoziții din dreptul Uniunii, această dispoziție va fi interpretată în funcție de structura generală și de scopul reglementării din care face parte²⁰.

De asemenea, în vederea aplicării uniforme a dreptului Uniunii, cu respectarea principiului egalității, în jurisprudența Curții s-a decis că termenii unei dispoziții de drept al Uniunii care nu face nicio trimitere expresă la dreptul statelor membre pentru a stabili sensul și domeniul de aplicare ale acesteia trebuie în mod normal să primească în întreaga Uniune Europeană o interpretare autonomă și uniformă, care trebuie stabilită ținând seama de contextul prevederii și de obiectivul urmărit de reglementarea în cauză²¹.

Drepturile persoanelor interesate de evaluarea efectelor de mediu ale proiectelor și de a fi consultate

Directiva EIA conferă persoanelor individuale dreptul ca serviciile competente să evalueze efectele unui proiect asupra mediului și să îi consulte în această privință. Curtea a statuat că un particular poate invoca obligația de a realiza o evaluare a efectelor asupra mediului prevăzută la articolul 2 alineatul (1) din Directiva 85/337 coroborat cu articolul 1 alineatul (2) și cu articolul 4 din aceasta²².

Într-o speță²³, CJUE a fost chemată să analizeze dacă omisiunea unei evaluări a impactului asupra mediului cu încălcarea cerințelor Directivei EIA nu conferă unui particular niciun drept la repararea prejudiciului material cauzat prin deprecierea bunurilor sale materiale. Curtea a concluzionat că prevenirea prejudiciilor materiale, în măsura în care acestea reprezintă consecințe economice directe ale efectelor unui proiect public sau privat asupra mediului, intră sub incidența obiectivului de protecție urmărit de Directiva 85/337. Întrucât aceste prejudicii economice reprezintă consecințe directe ale unor astfel de efecte, ele trebuie diferențiate de prejudiciile economice a căror sursă directă nu o constituie efectele asupra mediului și care, prin urmare, nu intră sub incidența obiectivului de protecție urmărit de această directivă, cum ar fi, printre altele, anumite dezavantaje concurențiale. În această privință, din al treilea și din al unsprezecelea considerent ale Directivei 85/337 rezultă că **aceasta are drept obiectiv realizarea unuia dintre obiectivele Comunității în domeniul protecției mediului și al calității vieții și că efectele pe care un proiect le are asupra mediului trebuie evaluate pentru a se ține seama de eforturile de a contribui prin intermediul unui mediu mai bun la calitatea vieții**. În împrejurările în care expunerea la zgomotul generat de un proiect menționat la articolul 4 din Directiva 85/337 are efecte importante asupra oamenilor, în sensul că o casă cu destinație de locuință afectată de acest zgomot este mai puțin aptă să își îndeplinească funcția și că mediul înconjurător al oamenilor, calitatea vieții acestora și, eventual, sănătatea lor sunt afectate, o depreciere de ordin patrimonial a acestei case poate fi astfel o consecință economică directă a unor astfel de efecte asupra mediului, aspect care trebuie analizat de la caz la caz.

¹⁷ A se vedea C-427/07, Commission v. Ireland, punctele 107-108.

¹⁸ A se vedea C-87/02, Commission v. Italian Republic, punctul 38.

¹⁹ A se vedea C-275/09, Brussels Hoofdstedelijk Gewest and Others, punctul 29.

²⁰ A se vedea C-72/95, Kraaijeveld and Others, punctul 28.

²¹ A se vedea C-531/13 Marktgemeinde Straßwalchen and Others, punctul 2.

²² A se vedea C-201/02, Wells, punctul 61.

²³ A se vedea C-420/11, Leth, punctele 30-36.

Dreptul persoanelor fizice să se bazeze pe dispozițiile Directivei EIA și să o invoce în fața instanțelor naționale

Curtea a statuat că dispozițiile Directivei EIA **pot fi luate în considerare de instanțele naționale** pentru a examina dacă legiuitorul național s-a menținut în limitele marjei de apreciere prevăzută de directivă²⁴.

Obligația de a remedia neîndeplinirea procedurii EIA

Curtea a reținut în mod constant că în lipsa unei reglementări a dreptului Uniunii în materie, revine ordinii juridice interne a fiecărui stat membru atribuția de a desemna instanțele competente și de a stabili modalitățile procedurale aplicabile acțiunilor în justiție destinate să asigure protecția drepturilor conferite justițiabililor în temeiul dreptului Uniunii, cu condiția ca aceste modalități să nu fie mai puțin favorabile decât cele aplicabile acțiunilor similare întemeiate pe dreptul intern (principiul echivalenței) și să nu facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principiul efectivității). De asemenea, din jurisprudența Curții mai rezultă că statele membre sunt obligate să repare orice prejudiciu cauzat ca urmare a nerealizării unei evaluări a efectelor asupra mediului. În acest sens, autoritățile naționale competente trebuie să ia toate măsurile generale sau speciale pentru a remedia o asemenea omisiune²⁵.

Totodată, în altă parte s-a reținut că în ceea ce privește un drept la repararea unor asemenea prejudicii materiale, reiese dintr-o jurisprudență constantă a Curții că, în temeiul principiului cooperării loiale prevăzut la articolul 4 alineatul (3) TUE, **statele membre sunt ținute să elimine consecințele ilicite ale unei încălcări a dreptului Uniunii**. În această privință, Curtea a statuat deja că, pentru a remedia omiterea evaluării efectelor unui proiect asupra mediului în sensul articolului 2 alineatul (1) din Directiva 85/337, este de competența instanței naționale să stabilească dacă există în dreptul intern posibilitatea de a retrage sau de a suspenda o autorizație deja acordată pentru a supune acest proiect unei evaluări a efectelor sale asupra mediului, în conformitate cu cerințele prevăzute de Directiva 85/337, sau, cu titlu alternativ, în cazul în care particularul consimte în acest sens, dacă acesta din urmă are posibilitatea de a solicita repararea prejudiciului suferit. Normele de procedură aplicabile rezultă din ordinea juridică internă a fiecărui stat membru în temeiul principiului autonomiei procedurale a statelor membre, însă cu condiția ca acestea să nu fie mai puțin favorabile decât cele care se aplică unor situații similare de natură internă (principiul echivalenței) și să nu facă imposibilă în practică sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii (principiul efectivității)²⁶.

Dreptul Uniunii nu se opune posibilității ca normele naționale să permită, în anumite cazuri, regularizarea operațiunilor sau a actelor nelegale în raport cu acesta. O astfel de posibilitate este supusă însă condiției de a nu oferi persoanelor interesate ocazia să eludeze sau să nu aplice normele dreptului Uniunii și de a rămâne, astfel, o excepție. Cu toate acestea, nu ar fi compatibilă cu această directivă o dispoziție națională din care ar rezulta, aspect a cărui verificare revine instanței de trimitere, că proiectele a căror autorizare nu mai este supusă unei acțiuni directe, ca urmare a expirării termenului de introducere a acțiunii prevăzut de legislația națională, sunt pur și simplu considerate autorizate în mod legal în raport cu obligația de evaluare a efectelor asupra mediului²⁷.

Termenul limită pentru introducerea unei acțiuni în cazul neefectuării EIA

În privința principiului efectivității, Curtea a recunoscut compatibilitatea cu dreptul Uniunii a stabilirii, sub sancțiunea decăderii, în vederea garantării securității juridice, a unor **termene rezonabile de introducere a acțiunilor care protejează atât persoana interesată, cât și administrația vizată**. Astfel, asemenea termene nu sunt de natură să facă practic imposibilă sau excesiv de dificilă exercitarea drepturilor conferite de ordinea juridică a Uniunii. În această privință, un termen național de decădere de trei ani este rezonabil²⁸.

Obligația de a formula o cerere pentru pronunțarea unei hotărâri preliminare

Potrivit art. 267 din TFUE, Curtea de Justiție a Uniunii Europene este competentă se pronunțe cu titlu preliminar cu privire la interpretarea tratatelor și validitatea și interpretarea actelor adoptate de instituțiile, organele, oficiile sau agențiile Uniunii. articolul 267 TFUE conferă instanțelor naționale ale căror decizii sunt supuse unei căi de atac de drept intern posibilitatea de a sesiza Curtea cu titlu preliminar. În schimb, dacă o instanță națională ale cărei decizii nu sunt supuse unei căi de atac jurisdicționale constată că interpretarea dreptului Uniunii este necesară pentru soluționarea unui litigiu cu care este sesizată, articolul 267 al treilea paragraf TFUE îi impune să sesizeze Curtea cu o cerere de decizie preliminară.

În această materie, Curtea a statuat²⁹ că **o instanță ale cărei decizii nu sunt supuse unei căi de atac în dreptul intern trebuie, atunci când se pune o problemă de drept al Uniunii în cauza dedusă judecății sale, să își**

²⁴ A se vedea C-287/98, Linster, punctul 38.

²⁵ A se vedea C-348/15, Stadt Wiener Neustadt, punctele 40, 45-46.

²⁶ A se vedea C-420/11, Leth, punctele 37-38.

²⁷ A se vedea C-348/15, Stadt Wiener Neustadt, punctele 36 și 43.

²⁸ A se vedea C-542/08, Barth, punctul 28.

²⁹ A se vedea C-283/81, Cilfit, punctul 21.

îndeplinească obligația de sesizare, cu excepția cazului în care constată că aplicarea corectă a dreptului Uniunii se impune cu o asemenea evidență încât nu lasă loc niciunei îndoieli rezonabile și că existența unei astfel de posibilități trebuie să fie evaluată în funcție de caracteristicile proprii dreptului Uniunii, de dificultățile specifice pe care le prezintă interpretarea acestuia și de riscul divergențelor de jurisprudență în cadrul Uniunii. În particular, din moment ce exercitarea acestei posibilități excepționale poate aduce atingere respectării principiului supremației dreptului Uniunii, instanța națională menționată nu ar putea fi scutită de a sesiza Curtea cu titlu preliminar decât în măsura în care este convinsă că exercitarea posibilității excepționale menționate nu ridică nicio îndoială rezonabilă. Pe de altă parte, lipsa unei asemenea îndoieli trebuie să fie demonstrată în mod detaliat.

Condiții pentru a solicita compensație

Potrivit jurisprudenței constante a Curții, **principiul răspunderii statului pentru prejudiciile cauzate particularilor prin încălcări ale dreptului Uniunii care îi sunt imputabile este inerent sistemului tratatelor pe care aceasta din urmă se întemeiază**³⁰.

Astfel, Curtea a hotărât că particularii vătămați au dreptul la repararea prejudiciului dacă sunt îndeplinite trei condiții:

- norma de drept al Uniunii încălcată să aibă ca obiect conferirea de drepturi particularilor;
- încălcarea acestei norme să fie suficient de gravă și
- să existe o legătură directă de cauzalitate între încălcarea obligației și prejudiciul suferit de particulari³¹.

Astfel, statului membru îi revine obligația ca, în cadrul dreptului național al răspunderii, să repare consecințele prejudiciului cauzat, condițiile stabilite de legislațiile naționale în domeniul reparării prejudiciilor asigurând respectarea principiilor echivalenței și efectivității amintite la punctul precedent.

CJUE a decis că în temeiul dreptului Uniunii, împrejurarea că o evaluare a efectelor asupra mediului a fost omisă cu încălcarea cerințelor Directivei 85/337 nu conferă în principiu, *per se*, unui particular un drept la repararea unui prejudiciu pur material cauzat prin deprecierea bunului său imobiliar care a fost generată de efectele asupra mediului. Revine totuși în final instanței naționale, care este singura competentă să aprecieze situația de fapt din litigiul cu care este sesizată, sarcina de a verifica dacă sunt îndeplinite cerințele dreptului Uniunii aplicabile dreptului la repararea prejudiciului, în special existența unei legături directe de cauzalitate între încălcarea pretinsă și prejudiciile suferite³². ()

*

Concluzie: Jurisprudența CJUE referitoare la Directiva EIA poate servi legiuitorului român, dar și practicienilor și teoreticienilor din ramura dreptului mediului să străbată și să înțeleagă cu mai multă ușurință un domeniu aparent arid, dar care oferă instrumentele esențiale pentru atingerea obiectivelor îndrăznețe de mediu ale Uniunii Europene asumate și de România în calitate de Stat Membru al Uniunii. Totodată, din analiza jurisprudenței Curții de Justiție a Uniunii Europene s-au desprins principiile generale care stau la baza Directivei EIA, acestea găsiindu-și de cele mai multe ori fundamentul chiar în Tratatul Uniunii Europene.

³⁰ A se vedea C-429/09, Fuß, punctul 45.

³¹ A se vedea C-429/09, Fuß, punctul 47.

³² A se vedea C-420/11, Leth, punctele 39-47.

UNELE COMENTARII PRIVIND MODIFICĂRILE CODULUI PENAL CARE URMEAZĂ SĂ FIE ADOPTATE, CU REFERIRE SPECIALĂ LA INFRAȚIUNILE DE CORUPȚIE ȘI DE SERVICIU

Some Comments on The Changes in The Penal Code That are to be Adopted, With Special Reference to Corruption and Service Crimes

Niculae GAMENT*

Rezumat: În perioada actuală, legiuitorul penal român este preocupat de a opera unele modificări sau completări ale Codului penal în scopul de a le pune în acord cu Deciziile Curții Constituționale și cu anumite Directive ale Uniunii Europene.

Prezentul studiu cuprinde unele comentarii referitoare la modificările și completările efectuate în materia infracțiunilor de corupție și de serviciu. Totodată, au fost aduse în prim-plan textele din Codul penal care incriminează faptele de corupție și de serviciu și care se preconizează a fi modificate și completate și în ce măsură aceste modificări și completări sunt sau nu constituționale în baza Deciziei nr. 650 din 25 octombrie 2018.

Cuvinte-cheie: Infracțiuni de corupție și de serviciu, cauze speciale de nepedepsire a unor infracțiuni de corupție, dare de mită, trafic de influență, abuz în serviciu, neglijență în serviciu.

Abstract: At present, the Romanian criminal lawmaker is concerned with a work of amendments or additions to the Criminal Code in order to comply with Constitutional Court rulings and certain directives of the European Union.

The present study includes some comments regarding the amendments and additions made in the field of corruption and service crimes. At the same time, the texts of the Criminal Code criminalizing the corruption and the acts of corruption and to be amended and supplemented and to what extent these amendments and supplements are constitutional or not based on the Decision no. 650 of October 25, 2018 were brought to the fore.

Keywords: Corruption and service crimes, special causes of non-punishment of corruption offenses, mutilation, influence of trafficking, abuse of service, negligence in service.

În Parlamentul României, în anul 2018, a fost dezbătut și adoptat proiectul de modificare a Codului penal. Așa cum rezultă din Expunerea de motive a acestui proiect, legiuitorul a urmărit, pe de o parte, armonizarea unor texte din Codul penal cu practica izvorâtă din deciziile Curții Constituționale și ale instanțelor judecătorești; iar, pe de altă parte, punerea în aplicare a Directivei (UE) 2016/343 a Parlamentului European, a Consiliului din 9 martie privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale, a Directivei 2014/ 42 UE a Parlamentului European și a Consiliului din 3 aprilie 2014 privind încheșarea și confiscarea instrumentelor și a produselor infracțiunilor săvârșite în Uniunea Europeană.

Potrivit proiectului de modificare a Codului penal, au fost operate schimbări la 63 de texte, dintre care 32 din Partea generală și 31 din Partea specială.

În materia infracțiunilor de corupție și de serviciu, prin modificările operate, s-a urmărit, îndeosebi, armonizarea conținutului textelor de incriminare a acestor fapte cu deciziile Curții Constituționale și ale instanțelor judecătorești.

Prima modificare în materia infracțiunilor de corupție este cea a art. 290 alin. (3) din Codul penal, care reglementează o cauză specială de nepedepsire și propune ca acest text să aibă următorul cuprins: „(3) Mituitorul nu se pedepsește dacă denunță fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta, **dar nu mai târziu de un an de la data săvârșirii acesteia**”.

În Expunerea de motive, referitor la textul amintit, se susține că se impune o astfel de modificare, deoarece este necesar ca imunitatea absolută a „denunțatorului” să fie cenzurată de lege. Și în alte state există norme asemănătoare cu cele propuse. De exemplu, în Portugalia, dacă autorul, înainte de comiterea faptei, în mod voluntar renunță la oferta sau promisiunea pe care a acceptat-o, sau restituie avantajul, sau, în cazul unui bun consumabil, valoarea sa, este scutit de pedeapsă.

În același sens, de a institui un termen rezonabil în care este exonerat mituitorul de răspunderea penală, este și recomandarea făcută de GRECO statului român.

A doua modificare, în materia infracțiunilor de corupție este cea a art. 291 alin. (1), Codul penal privind infracțiunea de trafic de influență care va avea următorul cuprins: „(1) Pretinderea, primirea ori acceptarea de bani sau alte foloase materiale, direct sau indirect, pentru sine sau pentru altul, săvârșită de către o persoană care are influență sau lasă să se creadă că are influență asupra unui funcționar public **și care promite că îl va determina pe acesta,**

* Cercetător științific asociat, Institutul de Cercetări Juridice „Academician Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Asist. univ. dr., Universitatea Româno-Americană, Facultatea de Drept; Avocat, Baroul București; e-mail: nicu.gament@gmail.com.

promisiune urmată de intervenția la acel funcționar pentru a-l determina să îndeplinească, să urgenteze ori să întârzie îndeplinirea unui act contrar acestor datorii, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 7 ani”. Se apreciază că se impune o astfel de modificare pentru a realiza o diferențiere legală între infracțiunea de trafic de influență de cea de înșelăciune.

După cum se observă, s-a introdus o condiție nouă și anume aceea ca acțiunea de traficare să fi avut loc. Este o reglementare considerată necesară, deoarece, la acest moment, nu este clar în legislația penală, când o persoană săvârșește infracțiunea de trafic de influență și pe cea de înșelăciune, atunci când doar se laudă că poate interveni pe lângă un funcționar public și, în acest fel, induce în eroare terța persoană.

Prin urmare, dacă acțiunea de trafic de influență nu a fost consumată, **simpla „laudă”** care conduce la dobândirea unor foloase necuvenite va continua să fie infracțiune, dar infracțiune de înșelăciune. Mai mult, această modalitate de incriminare are ca scop să evite dubla incriminare, deoarece, în actuala reglementare, simpla afirmație că o persoană are influență asupra unui funcționar, deși această afirmație este nereală, întrunește atât elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune, cât și pe cele ale infracțiunii de trafic de influență.

În sfârșit, **o a treia modificare** în materia infracțiunilor de corupție este cea a art. 292, alin. (2), Codul penal privind cumpărarea de influență. În acest text, este reglementată o cauză specială de nepedepsire a faptei de cumpărare de influență, cu privire la care se propune să aibă următorul conținut: „(2) Făptuitorul nu se pedepsește dacă denunță fapta mai înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat cu privire la aceasta, **dar nu mai târziu de un an de la data săvârșirii acesteia**”.

Motivarea modificării art. 292 alin. (2), Codul penal este la fel cu aceea prezentată la art. 290 alin. (3) Codul penal ce reglementează cauza de nepedepsire a mituitorului.

În materia infracțiunilor de serviciu, legiuitorul **a operat modificări în ceea ce privește delapidarea, abuzul în serviciu, infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane și fapte de serviciu care au produs consecințe deosebit de grave**.

La infracțiunea de delapidare prevăzută în art. 295, Codul penal s-a propus ca, după alin. (2), să se introducă un alt alineat, alin. (3), cu următorul cuprins: „(3) **Acțiunea penală se pune în mișcare la plângerea prealabilă. Împăcarea părților înlătură răspunderea penală**”.

La art. 297 din Codul penal care incriminează abuzul în serviciu au fost propuse modificări substanțiale. S-a hotărât ca alineatul (1) al acestui text să aibă următorul conținut: „(1) Fapta funcționarului public, aflat în exercițiul atribuțiilor de serviciu reglementate expres prin legi, ordonanțe de guvern sau ordonanțe de urgență, care refuză să îndeplinească un act sau îl îndeplinește prin încălcarea atribuțiilor astfel reglementate, a unor atribuții exprese dintr-o lege, ordonanță de guvern sau ordonanță de urgență, în scopul de a obține pentru sine, soț, rudă sau afin până la gradul II inclusiv, un folos material necuvenit și prin aceasta cauzează o pagubă certă și efectivă mai mare decât echivalentul unui salariu minim brut pe economie sau o vătămare a drepturilor sau intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice, se pedepsește cu închisoare de la 2 la 5 ani sau amendă”.

De asemenea, la art. 297, după alin. (2), se introduce un nou alineat, alin. (3), cu următorul cuprins: „(3) Dispozițiile alineatelor (1) și (2) nu se aplică în cazul elaborării, emiterii și aprobării actelor adoptate de Parlament sau Guvern”.

Modificările aduse conținutului infracțiunii de abuz în serviciu au ca temei deciziile nr. 405/2016 și nr. 392/2017 ale Curții Constituționale prin care s-a considerat că există elemente de neconstituționalitate și s-a constatat că dispozițiile art. 297 alin. (1) C. pen., se înțelege **„îndeplinește prin încălcarea de legi”**. Curtea a reținut că termenul „defectuos” nu este definit în Codul penal și nici nu este precizat elementul în legătură cu care defectuositatea este analizată, ceea ce determină lipsa lui de claritate și previzibilitate. Această lipsă de claritate, precizie și previzibilitate a sintagmei **„îndeplinește în mod defectuos”**, din cadrul dispozițiilor criticate, creează premisa aplicării ei ca rezultat al unor interpretări sau aprecieri arbitrare. Având în vedere acest aspect, precum și faptul că persoana care are calitatea de funcționar în sensul legii penale trebuie să poată determina, fără echivoc, care este corespondentul ce poate avea semnificație penală, Curtea a constatat că sintagma „îndeplinește în mod defectuos”, din cuprinsul dispozițiilor art. 297 alin. (1) C. pen., nu poate fi interpretată decât în sensul că îndeplinirea atribuțiilor de serviciu se realizează **„prin încălcarea legii”**. Aceasta este singura interpretare care poate determina compatibilitatea normelor penale criticate cu dispozițiile constituționale referitoare la claritatea și previzibilitatea legii. Totodată, Curtea a apreciat că raportarea la prescripția normativă trebuie realizată și în ipoteza analizei neîndeplinirii unui act, cu atât mai mult cu cât, în domeniul penal, o inacțiune dobândește semnificație ilicită doar dacă aceasta reprezintă o încălcare a unei prevederi legale exprese care obligă la un anumit comportament într-o situație determinată. Pentru toate aceste argumente, Curtea a constatat că dispozițiile art. 297 alin. (1) C. pen. încalcă prevederile constituționale ale art. 1 alin. (5), întrucât sintagma **„îndeplinește în mod defectuos”** nu prevede în mod expres elementul de legătură cu care defectuositatea este analizată.

De altfel, Curtea a statuat că neîndeplinirea ori îndeplinirea defectuoasă a unui act trebuie analizată numai prin raportarea la atribuții de serviciu reglementate expres prin legislația primară – **legi și ordonanțe ale Guvernului**. Aceasta, deoarece adoptarea unor acte de reglementare secundară care vin să detalieze legislația primară se realizează

doar în limitele și potrivit normelor care le ordonă. În concluzie, în materie penală, principiul legalității incriminării „*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*” impune ca numai legiuitorul primar să poată stabili conduita pe care destinatarul legii este obligat să o respecte, în caz contrar, acesta supunându-se sancțiunii penale. Pentru aceste argumente, Curtea a constatat că dispozițiile criticate încalcă prevederile art. 1 alin. (4) și (5) din Constituție, prin faptul că permit configurarea elementului material al laturii obiective a infracțiunii de abuz în serviciu prin activitatea altor organe, altele decât Parlament, prin adoptarea legii, în temeiul art. 73, alin. (1) din Constituție – sau Guvern – prin adoptarea de ordonanțe și ordonanțe de urgență în temeiul delegării legislative prevăzute de art. 115 din Constituție.

Prin Decizia nr. 392/2017, Curtea Constituțională a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 297 din Codul penal sunt constituționale în măsura în care, prin sintagma „**îndeplinește în mod defectuos**”, din cuprinsul acestora, se înțelege „**îndeplinește prin încălcarea legii**”. În argumentarea soluției de admitere pronunțate, Curtea a aplicat, *mutatis mutandis*, considerentele care au stat la baza pronunțării Deciziei 405, din 15 iunie 2016.

De precizat că autorii proiectului de modificare a Codului penal, la infracțiunea de abuz în serviciu, **au introdus, în calitate de cerință esențială, scopul săvârșirii faptei și anume „de a obține pentru sine, soț, rudă sau afin până la gradul II inclusiv, un folos material necuvenit”**.

În legătură cu abrogarea neglijenței în serviciu, prevăzută în art. 298 din Codul penal, în expunerea de motive se precizează că se impune aceasta, întrucât este foarte greu să se distingă între abaterea disciplinară și fapta penală, dat fiind că ambele forme sunt reglementate în același mod. Astfel, se ajunge la incriminări discreționare, fără elemente clare de distincție. În plus, față de Decizia Curții Constituționale referitoare la neconstituționalitatea infracțiunii de neglijență în serviciu, în care s-a configurat conținutul constitutiv al infracțiunii în aceeași manieră ca la abuzul în serviciu, devine imposibil de imaginat cum s-ar putea încălca expres o normă, dacă funcționarul ar cunoaște-o și nu ar urmări un scop ilicit.

Prin urmare, există o contradicție: dacă funcționarul cunoaște textul de lege și îl încalcă voit, atunci forma de vinovăție a culpei nu poate fi reținută; dacă nu îl cunoaște din motive independente de voința sa (nu are competența de a o cunoaște), atunci nu poate exista nicio formă de vinovăție a acestuia.

La art. 308, Codul penal, cu denumirea marginală „infracțiuni de corupție și de serviciu comise de alte persoane”, după alineatul (2), se introduc două noi alineate, (3) și (4), cu următorul cuprins: „(3) **Dacă infracțiunile prevăzute la art. 295 și art. 297-300 au produs un prejudiciu material, iar făptuitorul acoperă integral prejudiciul cauzat, în cursul urmăririi penale sau al judecării, până la rămânerea definitivă a hotărârii judecătorești, limitele prevăzute la alin. (2) se reduc la jumătate. (4) Dispozițiile alin. (3) se aplică tuturor persoanelor care au comis împreună una dintre faptele prevăzute de alin. (1), indiferent dacă plata a fost efectuată doar de unul sau o parte dintre aceștia**”.

Modificările aduse prevederilor art. 308, Codul penal nu au fost cerute de Curtea Constituțională sau de instanțele judecătorești, iar în Expunerea de motive nu se face nicio referire la acest text.

În sfârșit, **un ultim text modificat** în materia infracțională de serviciu este cel al art. 309 din Codul penal, cu denumirea marginală „Faptele care au produs consecințe deosebit de grave”. Se propune ca acest text să aibă următorul cuprins: „Art. 309 – **Dacă faptele prevăzute la art. 295, art. 300, art. 303, art. 304, art. 306 sau art. 307 au produs consecințe deosebit de grave, limitele speciale ale pedepsei prevăzute de lege se majorează cu o treime**”.

După cum se observă, s-a considerat că nu se impune individualizarea pedepsei pe cuantumul prejudiciului infracțiunii de abuz în serviciu. Deși în expunerea de motive a proiectului legii de modificare și completare a unor prevederi din Codul penal se precizează că prin aceasta s-a urmărit punerea de acord a prevederilor Codului penal cu deciziile Curții Constituționale și cu cele două directive ale Parlamentului European, respectiv directiva privind prezumția de nevinovăție și directiva referitoare la confiscarea extinsă, totuși legiuitorul a procedat și la modificarea și completarea altor texte ale Codului penal.

După adoptarea proiectului Legii de modificare și completare a Codului penal și trimiterea spre promulgare, Președintele României, Înalta Curte de Casație și Justiție, constituită în Secții unite și un număr de 110 deputați aparținând Grupului Parlamentar al Partidului Național Liberal au formulat obiecția de neconstituționalitate formulat obiecția de neconstituționalitate a mai multor dispoziții din această Lege și care a făcut obiectul Deciziei Curții Constituționale nr. 650, din 25 octombrie 2018.

În legătură cu obiecțiile de neconstituționalitate formulate și care privesc modificarea și completarea unor texte referitoare la unele infracțiuni de corupție și de serviciu, Curtea Constituțională a decis următoarele:

– în legătură cu obiecția de neconstituționalitate formulată la art. 290, alin. (3) din Lege se apreciază, în principal, **ca fiind inadmisibilă**, întrucât nu se încalcă nicio normă constituțională. În secundar, cu privire la termenul de un an pe care îl are la dispoziție mituitorul pentru a denunța o faptă înainte ca organul de urmărire penală să fi fost sesizat, are ca efect doar nepedepsirea celui care a dat mita. Textul a fost introdus și ca urmare a Concluziilor din

Raportul de conformitate al GRECO, din 12 decembrie 2014 privind „regretul efectiv”. Introducerea termenului de un an reprezintă o sancțiune firească referitoare la o persoană care are cunoștință de săvârșirea infracțiunii; în caz contrar, în lipsa termenului, se acceptă faptul că o persoană este absolvită de orice fel de vină pentru o perioadă nedeterminată în care aceasta, în realitate, a săvârșit o infracțiune și a fost tăinuitorul acestei infracțiuni;

– referitor la modificarea art. 291 alin. (15) din Lege, Curtea Constituțională o apreciază ca fiind necesară, deoarece trebuie să se realizeze o diferențiere egală între această faptă și cea de înșelăciune. Condiția ca acțiunea de traficare să fi avut loc este necesară pentru a putea face deosebirea între traficul de influență și înșelăciune. Dacă acțiunea de traficare (influența) nu a fost consumată, simpla „laudă”, care conduce la dobândirea unor foloase necuvenite, va continua să fie infracțiune, dar infracțiunea de înșelăciune. Mai mult, această modalitate de incriminare are ca scop să evite dubla incriminare, deoarece, în actuala reglementare, simpla afirmație că o persoană are influență asupra unui funcționar, deși această afirmație este nereală, întrunește atât elementele constitutive ale infracțiunii de înșelăciune, cât și pe cele ale infracțiunii de trafic de influență. **Introducerea sintagmei „foloase materiale”** a fost necesară pentru a stabili în ce condiții poate exista infracțiunea de trafic de influență, pentru că aceasta trebuie urmată de un folos. Nu se poate susține că există trafic de influență pentru obținerea unui „loc eligibil pe lista de candidatură a unui partid” în lipsa unui folos;

– în privința dispozițiilor care completează art. 295, referitoare la delapidare, se apreciază că obiecția de neconstituționalitate este inadmisibilă, întrucât nu sunt indicate atât normele constituționale pretins încălcate, cât și expunerea argumentelor pe care se întemeiază critica de neconstituționalitate;

– în ceea ce privește modificarea conținutului textului de incriminare a faptei de abuz în serviciu, prevăzută în art. 297 alin. (1) C. pen., se arată că, în raport cu jurisprudența Curții Constituționale, în mod corect, s-au introdus sintagmele „legi ordonante de guvern sau ordonante de urgență”, „obținerea unui folos material necuvenit”, cu stabilirea unui prag de salariu minim pe economie sau a unei vătămări a drepturilor sau a intereselor legitime ale unei persoane fizice sau juridice. Se susține că modalitatea în care a fost modificat textul articolului 295 alin. (1) din Codul penal, este cea corectă, întrucât nu înseamnă că infracțiunea a fost „dezincriminată”, în schimb a fost eliminată posibilitatea abuzurilor flagrante, în sensul subsumării oricărei îndepliniri a unui act de către un funcționar public, a noțiunii de abuz în serviciu. Eliminarea sintagmei „**pentru altul**” reprezintă o consecință firească a faptului că trebuie sancționată atitudinea infracțională de obținere pentru sine sau propria familie, în gradele de rudenie indicate, a foloaselor materiale necuvenite. De asemenea, în legătură cu prevederile art. 297 alin. (3) din Lege, se apreciază că obiecția de neconstituționalitate este inadmisibilă, întrucât nu sunt indicate normele constituționale pretins încălcate;

– referitor la abrogarea art. 298 C. pen., care incriminează neglijența în serviciu, Curtea Constituțională apreciază că aceste dispoziții au fost abrogate raportat la faptul că ele se referă, precum și abuzul în serviciu, la raporturi stabilite în cadrul unui contact de muncă, iar neîndeplinirea sau îndeplinirea eronată este determinată de culpă și nu de intenție, ca formă de vinovăție. Mai mult, la fel ca abuzul în serviciu, neglijența în serviciu se poate aplica oricărui funcționar care ar săvârși o faptă, indiferent de prejudiciul existent. Este foarte greu să se distingă între abaterea disciplinară și fapta penală, dat fiind că ambele forme sunt reglementate în același mod. Astfel, se ajunge la incriminări discreționare, fără elemente clare de distincție;

– în cele din urmă, în privința modificărilor art. 308, alin. (3) și (4) C. pen., se arată că nu se încalcă dispozițiile art. 16 alin. (1) din Constituție, prin faptul că s-a permis ca prejudiciul să fie achitat de o persoană, iar beneficiul pedepsei să se aplice tuturor făptuitorilor. Că beneficiul poate fi al unei persoane sau al tuturor este o chestiune de opțiune a legiuitorului.

După cum se observă din cele ce au precedat, modificările propuse a fi adoptate în materia infracțiunilor de corupție și de serviciu sunt constituționale.

Comisia de la Veneția a publicat un raport privind modificările aduse Codului penal și Codului de procedură penală, în cadrul căruia se recomandă o reevaluare a celor două legi în integralitatea lor, cu câteva observații punctuale pe anumite articole, inclusiv pe cele referitoare la infracțiunile de corupție și de serviciu. Astfel, în legătură cu modificarea prevederilor art. 290, alin. (3) din Codul penal, Comisia de la Veneția subliniază că **„amendamentul ar descuraja pe cei care au dat mită să coopereze cu procurorii”, prin modificarea prevederilor care limitează la un an de zile posibilitatea ca acela care denunță o dare de mită să beneficieze de clemență.**

Referitor la traficul de influență, care se reține numai **dacă infracțiunea vizează „foloase materiale”, nu „foloase”**, se susține că abordarea atât de restrictivă a conținutului acestei infracțiuni nu va răspunde nevoii de a proteja valori sociale importante care nu sunt de natură materială. Mai mult, această abordare nu răspunde niciunei decizii CCR și este în conflict cu art. 12 din Convenția criminalității în corupție.

În ceea ce privește infracțiunea de delapidare (art. 295), Comisia de la Veneția apreciază că „ar trebui eliminată din text **precizarea care exclude posibilitatea unor anchete declanșate din oficiu** (modificarea adusă articolului prevede că urmărirea penală se va declanșa doar după plângerea prealabilă)”.

În legătură cu modificările aduse conținutului abuzului în serviciu, Comisia de la Veneția consideră că „modificările propuse par a intenționa **să creeze premisele unei dezincriminări de facto a multor fapte** care ar duce la infracțiunea de abuz în serviciu; asta va face mult mai dificil, practic imposibil să anchetezi și să condamni persoane pentru această infracțiune. Este o contradicție atât cu obligațiile internaționale ale României, cât și cu cerințele unui stat de drept. **Amendamentele aduse art. 297 ar trebui reevaluate**”, sugerează Comisia de la Veneția.

De precizat că ministrul Justiției s-a exprimat în sensul că modificările Codului penal și ale Codului de procedură penală urmează să fie adoptate prin Ordonanță de Urgență.

Considerăm că se impune ca modificările Codurilor penale să fie adoptate de Parlamentul României în urma unor dezbateri largi, și să se țină seama atât de, sugestiile asociațiilor magistraților, ale procurorilor, ale Consiliului Superior al Magistraturii, ale D.N.A., cât și de recomandările Comisiei de la Veneția și de cele ale Comisiei Europene.

ASPECTE PROCESUAL PENALE PRIVIND CAUZELE CU MINORI ÎN LUMINA DIRECTIVEI NR. 2016/800 (DIRECTIVA COPIILOR)

Criminal Procedure Aspects Regarding Cases With Minors in The Light of Directive no. 2016/800 (Children's Directive)

Lorena ZIDARU*

Rezumat: Alături de multiple alte instrumente juridice internaționale și europene, Directiva nr. 2016/800 cuprinde o serie de principii esențiale pentru justiția juvenilă și urmărește garantarea respectării drepturilor copiilor acuzați că au săvârșit infracțiuni. Majoritatea garanțiilor cuprinse în această directivă se regăsesc în reglementarea actuală din dreptul procesual român, însă există și aspecte ce necesită modificarea sau îmbunătățirea pe cale legislativă, dar și la nivelul practicii judiciare odată cu transpunerea directivei.

Cuvinte-cheie: justiție juvenilă, drept penal procesual român, Directiva copiilor, garanții procedurale, interesul superior al copilului.

Abstract: Among numerous other international and european legal instruments, Directive 2016/800 enshrines key principles in juvenile justice and provides guarantees in order to defend the rights of children who are suspects or accused persons in criminal proceedings. Most of the procedural safeguards of the directive are established in the domestic criminal law, but there are also provisions that need improvement or change by legislative means or better enforcement in national case-law once the directive is implemented.

Keywords: juvenile justice, Romanian criminal procedure, the Children Directive, procedural safeguards, the child's best interest standard.

În anul 2016 la nivel european a fost adoptată Directiva nr. 2016/800 privind garanțiile procedurale pentru copii care sunt persoane suspectate sau acuzate în cadrul procedurilor penale, directivă pe care statele europene sunt obligate să o transpună până la data de 11 iunie 2019. Directiva (cunoscută și sub numele de „Directiva copiilor”) are ca scop stabilirea de garanții procedurale pentru copii care sunt persoane suspectate sau acuzate într-un proces penal astfel încât aceștia să își exercite dreptul la un proces echitabil, dar și consolidarea încrederii statelor membre în sistemele de justiție penală ale celorlalte state membre.

Directiva nu este un demers izolat, de sine stătător, ci face parte dintr-o serie de măsuri pe care Consiliul Uniunii Europene a decis să le ia, adoptând la data de 30 noiembrie 2009 o rezoluție privind Foaia de parcurs pentru consolidarea drepturilor procedurale ale persoanelor suspectate sau acuzate în cadrul procedurilor penale. Pe baza foii de parcurs au fost adoptate până în prezent mai multe directive privind drepturile în cadrul procedurilor penale, respectiv Directiva nr. 2010/64 privind dreptul la interpretare și traducere în cadrul procedurilor penale, Directiva nr. 2012/13 privind dreptul la informare în cadrul procedurilor penale, Directiva nr. 2013/48 privind dreptul de a avea acces la un avocat în cadrul procedurilor penale și al procedurilor privind mandatul european de arestare, precum și dreptul ca o persoană terță să fie informată în urma privării de libertate și dreptul de a comunica cu persoane terțe și cu autorități consulare în timpul privării de libertate, Directiva nr. 2016/343 privind consolidarea anumitor aspecte ale prezumției de nevinovăție și a dreptului de a fi prezent la proces în cadrul procedurilor penale.

În privința garanțiilor cuprinse în cadrul Directivei nr. 2016/800, o parte dintre acestea se regăsesc în reglementarea actuală din dreptul procesual român, astfel încât impactul transpunerii directivei nu pare a fi major. Cu toate acestea, există în cuprinsul directivei unele aspecte care cunosc derogări și o reglementare distinctă în raport de prevederile existente în prezent în dreptul intern, acestea urmând să facă obiectul analizei.

În primul rând, din punct de vedere al sferei de aplicare, directiva este aplicabilă „copiilor”, termen prin care sunt definite persoanele care nu au împlinit 18 ani, copii care sunt persoane suspecte sau inculcate în cadrul procedurilor penale sau copii care sunt persoane căutate în baza mandatului european de arestare. În măsura în care nu este clar dacă o persoană a împlinit vârsta de 18 ani, se prezumă că acea persoană este copil în sensul directivei. Totodată, directiva prevede că anumite dispoziții ale acesteia se aplică și persoanelor care erau copii la momentul când au început să facă obiectul procedurilor, dar care ulterior au împlinit vârsta de 18 ani cu condiția ca aplicarea dispozițiilor respective să fie adecvată ținând seama de toate circumstanțele cauzei, inclusiv gradul de maturitate și gradul de vulnerabilitate al persoanei vizate. Totodată, directiva lasă la latitudinea statelor membre decizia aplicabilității sau nu a prevederilor sale pentru persoanele care au împlinit vârsta de 21 ani.

* Doctorand al Facultății de Drept, Universitatea București; e-mail: lorena_lacyk@yahoo.com.

În ceea ce privește reglementarea din dreptul intern aplicabilă în cazul persoanelor suspectate că au săvârșit infracțiuni, aceasta se regăsește preponderent în codul de procedură penală, dar și în legislația specială. În cazul minorilor care se presupune că au săvârșit infracțiuni, urmărirea și judecata se derulează potrivit procedurii obișnuite prevăzute în cazul majorilor cu completările și derogările existente în dispozițiile articolelor 504-520 din codul de procedură penală (procedura în cauzele cu infractori minori) și 243-244 din codul de procedură penală (dispoziții speciale privind măsurile preventive aplicabile minorilor). Termenul folosit în legislația română pentru a desemna persoanele acuzate că au săvârșit infracțiuni cărora le sunt aplicabile dispozițiile speciale anterior menționate este de „minor”, termen ce desemnează persoanele care aveau între 14 și 18 ani la data săvârșirii pretensei infracțiuni.

Nu există în legislația penală sau procesual penală o prevedere care să indice ce se întâmplă în cazul în care vârsta persoanei acuzate nu poate fi determinată cu certitudine pe baza probelor administrate în acest sens, însă considerăm că în virtutea principiului „in dubio pro reo”, dacă nu rezultă dincolo de orice îndoială că o persoană era majoră la data săvârșirii pretensei infracțiuni, aceasta ar trebui considerată minoră, urmând să beneficieze de garanțiile corespunzătoare. Cu toate acestea, în lumina prevederilor directivei, dar și pentru o rigurozitate sporită, considerăm că odată cu transpunerea actului normativ european, legiuitorul român poate cuprinde în mod expres această soluție legislativă.

În ceea ce privește aplicabilitatea dispozițiilor legale referitoare la minori, codul de procedură penală prevede că inculpatul care era minor la data săvârșirii infracțiunii este judecat potrivit procedurii aplicabile minorilor dacă la data sesizării instanței nu a împlinit 18 ani, ceea ce înseamnă per a contrario că, dacă la momentul trimerii în judecată, acesta împlinise vârsta de 18 ani, i se vor aplica regulile prevăzute pentru inculpații majori. Observăm în acest caz o diferență raportat la prevederile directivei care permit neaplicarea unora dintre garanțiile prevăzute pentru minori în cazul în care persoanele au împlinit 18 ani, dar aceasta doar în urma unei analize în concreto vizând circumstanțele cauzei, inclusiv gradul de maturitate și de vulnerabilitate al persoanei vizate. Or, în dreptul nostru, o asemenea apreciere nu este permisă, în condițiile în care persoana acuzată a împlinit vârsta de 18 ani anterior trimerii în judecată, fiind automat exclusă posibilitatea ca acesteia să i se aplice procedura prevăzută pentru minori, fără ca instanța de judecată să poată aprecia asupra oportunității aplicării unui set sau altuia de reguli.

Pe de altă parte, dacă persoana respectivă era minoră la data sesizării instanței de judecată, aceasta va beneficia de regulile speciale de procedură aplicabile minorilor pe tot parcursul procesului penal, indiferent de durata acestuia și de vârsta pe care o împlinește persoana în cauză. În dreptul român nu există un „prag” maxim de vârstă deși directiva prevede expres că statele membre ar putea decide să nu mai aplice dispozițiile sale persoanelor vizate dacă acestea au împlinit vârsta de 21 ani. Odată cu transpunerea directivei, legiuitorul român poate opta pentru preluarea pragului vârstei de 21 ani sau pentru asigurarea unui nivel mai ridicat de protecție.

Revenind la domeniul de aplicare al directivei, aceasta se aplică în toate cazurile în care copilul este privat de libertate, indiferent de etapa procedurilor penale. În cazul infracțiunilor minore, directiva se aplică doar procedurilor desfășurate la o instanță competentă în materie penală dacă este prevăzută în dreptul național al statului aplicarea unei sancțiuni de altă autoritate decât o instanță penală, cu posibilitatea atacării aplicării sancțiunii la instanța penală sau când privarea de libertate nu poate fi impusă ca pedeapsă. În ceea ce privește dreptul român, acesta nu conține o distincție între infracțiuni minore sau majore, o persoană suspectată sau acuzată de săvârșirea unei infracțiuni este totdeauna deferită organelor judiciare, iar nu altor autorități, iar în cazul trimerii în judecată, aceasta este prezentată în fața unei instanțe penale. Prin urmare, prevederile directivei vor fi aplicabile în toate cazurile în dreptul nostru, indiferent de gravitatea infracțiunii săvârșite sau de tipul sancțiunii aplicabile (privative sau neprivative de libertate).

Unul dintre drepturile cu importanță majoră pe care directiva le prevede pentru copiii destinatari ai prevederilor sale este dreptul la informare, iar acesta presupune mai multe componente, în funcție de stadiul în care se află procedura. Astfel, atunci când copilul a devenit persoană suspectată sau acuzată, i se furnizează „cu promptitudine” informații privind dreptul ca titularul răspunderii părintești să fie informat, dreptul la asistență din partea unui avocat, dreptul la protecția vieții private, dreptul de a fi însoțit de titularul răspunderii părintești în timpul etapelor procedurii, dreptul la asistență judiciară. Pe parcursul procedurilor, copilul este informat „cât mai curând posibil” cu privire la dreptul la o evaluare individuală, dreptul la o examinare medicală, inclusiv dreptul la asistență medicală, dreptul la limitarea privării de libertate și la utilizarea de măsuri alternative, inclusiv dreptul la reexaminarea periodică a detenției, dreptul de a fi însoțit de titularul răspunderii părintești pe parcursul ședințelor de judecată, dreptul de a se prezenta în persoană la proces și dreptul la căi de atac eficiente. Atunci când este privată de libertate persoana în cauză trebuie informată cu privire la dreptul la un tratament specific în timpul privării de libertate și chiar dacă directiva nu mai precizează în mod expres care este momentul informării, din coroborarea textelor sus-menționate, dar și pentru a nu lipsi prevederile în cauză de efectele urmărite, rezultă implicit că această informare trebuie realizată într-un termen rezonabil. De remarcat este faptul că directiva cuprinde un articol distinct care reglementează dreptul copilului ca titularul răspunderii părintești să fie informat, cât mai curând posibil, titularul urmând să primească informațiile pe care copilul are dreptul să le primească.

În ceea ce privește reglementarea națională a informării persoanei minore suspectate sau acuzate de săvârșirea unei infracțiuni, aceasta este, ca regulă, aceeași ca și pentru persoanele majore. În secțiunea din codul de procedură

penală dedicată principiilor de drept procesual penal se instituie obligativitatea ca suspectul, respectiv inculpatul să fie informați „de îndată” și „înainte de a fi ascuțiți” cu privire la fapta și încadrarea juridică pentru care se efectuează urmărirea penală, respectiv s-a pus în mișcare acțiunea penală. Totodată, este garantat dreptul oricărei persoane arestate să fie informată în cel mai scurt timp și într-o limbă pe care o înțelege care sunt motivele arestării sale și faptul că poate formula contestație împotriva luării măsurii. În plus, în sarcina organelor judiciare există și obligația de a aduce la cunoștința suspectului și a inculpatului dreptul de a nu da nicio declarație pe parcursul procesului penal, dreptul de a fi informat cu privire la fapta pentru care este cercetat și încadrarea juridică a acesteia, dreptul de a consulta dosarul, dreptul de a avea un avocat ales, iar dacă asistența juridică e obligatorie, dreptul de a i se desemna un avocat din oficiu, dreptul de a propune administrarea de probe, dreptul de a ridica excepții și de a pune concluzii, dreptul de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale și civile a cauzei, 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, dreptul de a apela la un mediator, precum și obligația de a se prezenta la chemările organelor judiciare și obligația de a comunica în scris, în termen de 3 zile, orice schimbare a adresei și consecințele nerespectării acestor obligații.

Procedura în cauzele cu inculpați minori presupune în plus ca în cursul urmăririi penale, la orice ascultare sau confruntare a minorilor să fie citați reprezentanții legali (părinți, tutore, curator sau persoana în îngrijirea sau supravegherea căreia se află temporar minorul) și direcția generală de asistență socială și protecția copilului, iar în cursul judecării reprezentanții legali și serviciul de probațiune, aceștia având dreptul și obligația concomitentă de a da lămuriri, a formula cereri și a prezenta propuneri cu privire la măsurile care ar urma să fie luate, fără ca neprezentarea acestora să împiedice efectuarea actelor de urmărire penală sau judecarea cauzei. Chemarea reprezentantului legal al minorului și a reprezentantului serviciului de probațiune este necesară și în cadrul etapei de punere în executare a măsurilor educative neprivative de libertate. Analizând dispozițiile din dreptul național în vigoare la acest moment, în paralel cu cele ale directivei, se observă pe de o parte că directiva acordă o atenție sporită titularului răspunderii părintești și necesității informării efective, complete și corespunzătoare a acestuia, garantând în acest mod o protecție superioară copilului acuzat.

Pe de altă parte, reglementarea din codul de procedură penală român asigură informarea reprezentantului legal doar cu privire la câteva dintre elementele procesului penal în modalitatea citării sale, acesta putând eventual să obțină mai multe informații dacă alege să se prezinte în fața organului judiciar, în caz contrar simpla sa citare fiind suficientă, iar procesul penal în care este implicat minorul derulându-se în continuare. Considerăm că o astfel de protecție este mai degrabă formală decât efectivă pentru minor, iar standardele mult mai ridicate impuse de directive conduc la modificarea legislației naționale în sensul posibilității de a recurge la mijloace de constrângere pentru asigurarea prezenței la proces a reprezentantului legal ori de a identifica o altă persoană care să poată sta alături de minor în procesul penal chiar dacă nu are conform legii, calitatea de părinte, tutore sau curator ori persoană în îngrijirea sau supravegherea căreia este minorul.

Un alt drept de o importanță majoră pentru minorul acuzat în cursul procesului penal este dreptul de a beneficia de asistența unui avocat, drept garantat atât de prevederile directivei, cât și de reglementarea națională care instituie obligativitatea asigurării asistenței juridice a unui avocat pentru suspectul și inculpatul minor, în lipsa unui avocat ales fiind desemnat un apărător din oficiu. Ceea ce nu există însă reglementat în codul român de procedură penală sunt cazurile când se poate proceda la efectuarea de acte de urmărire penală în absența avocatului minorului. În acest sens directiva prevede că se poate deroga de la acest drept în două situații: când există o necesitate urgentă de a preveni consecințe negative grave pentru viața, libertatea sau integritatea fizică a unei persoane, când acțiunea imediată a autorităților de anchetă este imperativă pentru prevenirea periclitării considerabile a procedurilor penale în legătură cu o infracțiune gravă. Cu toate acestea, pentru a deroga de la dreptul sus-amintit trebuie întrunite cumulativ mai multe condiții: procesul penal să fie în etapa urmăririi penale, circumstanțele să fie excepționale, derogarea să fie temporară și justificată, să fie avute în vedere circumstanțele specifice ale cauzei și interesul superior al copilului, iar decizia de a interoga copilul în absența avocatului să aparțină unei autorități judiciare sau unei alte autorități competente, iar decizia să poată fi supusă controlului jurisdicțional. Având în vedere că astfel de derogări nu sunt prevăzute în dreptul nostru național considerăm că este posibilă modificarea prevederilor în acest sens deși nimic nu se opune ca forma textelor de lege să rămână aceeași, conferind astfel un nivel de protecție mai ridicat minorilor în cauză.

Având în vedere necesitatea ca nevoile specifice ale copiilor să fie luate în considerare în ceea ce privește protecția, educația, formarea și integrarea lor socială, directiva impune efectuarea unei evaluări individuale a copiilor acuzați de săvârșirea unei infracțiuni care să cuprindă informații privind caracteristicile individuale și situația copilului. Ca regulă, evaluarea individuală are loc în cel mai timpuriu stadiu al procedurilor, înainte de trimiterea în judecată, iar prin excepție, după trimiterea în judecată dacă aceasta este în interesul superior al copilului, cu condiția efectuării sale înainte de începerea ședințelor de judecată în fața instanței.

În dreptul român există de asemenea obligativitatea efectuării unui referat de evaluare a minorului pe parcursul procesului penal. Cu toate acestea, în cursul urmăririi penale organele judiciare au facultatea de a dispune efectuarea sa, iar dacă nu au dispus în acest sens, instanța este obligată să îl solicite. Având în vedere scopul urmărit considerăm că referatul de evaluare ar trebui solicitat cât mai devreme posibil, iar efectuarea sa în faza de urmărire penală să

constituie regula. Cu toate acestea, din practica judiciară reiese că există numeroase cauze în care trimiterea în judecată se realizează în absența referatului de evaluare, iar acesta este solicitat pentru prima dată de către instanța de judecată, instanța procedând la efectuarea de acte judiciare în lipsa referatului care este de multe ori înaintat către instanță în partea finală a procesului penal sau chiar la ultimul termen de judecată. Considerăm că această practică defavorabilă minorului și evident negativă a fost posibilă ca urmare a dispozițiilor legale permissive și interpretate deficitar și ar putea fi corectată doar prin modificarea acestora în sensul urmărit și de directivă.

Potrivit Directivei nr. 2016/800, copiii acuzați de săvârșirea unei infracțiuni trebuie să se bucure de dreptul la protecția vieții private, iar pentru atingerea acestui scop, directiva impune statelor să dispună ca ședințele de judecată în care sunt implicați copiii să nu presupună prezența publicului ori să permită instanțelor sau judecătorilor să hotărască derularea ședințelor fără prezența publicului. În dreptul nostru, regula este ca inculpații minor să fie judecați în ședință nepublică, o distincție fiind prevăzută pentru situații în care în aceeași cauză sunt inculpați minori, dar și majori. Având în vedere că regulile privind publicitatea sunt diferite în cazul în care persoanele inculpate sunt minore sau majore, textul de lege oferă posibilitatea disjungerii cauzei și formării mai multor dosare, astfel încât fiecare dosar să fie judecat în conformitate cu regulile de procedură adecvate. Cu toate acestea, există situații în care soluția disjungerii nu este posibilă, astfel încât inculpații sunt judecați împreună, prevalând de această dată principiul publicității ședințelor de judecată aplicabil în cazul majorilor, în defavoarea necesității protecției vieții private a minorilor prin garantarea nepublicității ședinței. Având în vedere necesitatea garantării tuturor celor implicați în procesul penal a unei protecții cât mai ridicate, considerăm că soluția legiuitorului național este oportună, însăși directiva oferind totuși o marjă de apreciere statelor și eventual instanțelor naționale cu privire la acest aspect al proceselor penale pentru minori.

O altă componentă pe care directiva o ia în calcul și o reglementează într-un articol distinct este formarea profesională specifică de care trebuie să beneficieze, în optica autorilor directivei, atât avocații, judecătorii și procurorii care sunt implicați în procedurile penale privind copiii și care trebuie să aibă competențe specifice în acest domeniu sau să aibă acces efectiv la formarea specifică, cât și personalul autorităților din centrele unde sunt deținuți copiii. Formarea profesională specifică include drepturile copiilor, tehnici de interogare adecvate, psihologia copilului și comunicarea într-un limbaj adaptat copiilor. Fără a nega preocuparea statului român pentru acest aspect, considerăm că se pot depune eforturi suplimentare în acest scop, formarea profesională specifică fiind deseori insuficientă cel puțin pentru unele categorii de practicieni în domeniul cauzelor care implică minori.

În concluzie, reglementarea din dreptul procesual român aplicabilă proceselor ce implică suspecti sau inculpați minori este în linii mari conformă standardelor europene în materie, inclusiv cerințelor Directivei nr. 2016/800. Cu toate acestea, așa cum se desprinde din analiza de mai sus, există aspecte care necesită unele schimbări sau îmbunătățiri pe care legiuitorul român trebuie să le aibă în vedere până la împlinirea termenului limită pentru transpunerea directivei. În orice caz, scopul final al garantării unei implementări eficiente a normelor și principiilor privind drepturile minorilor acuzați de săvârșirea unei infracțiuni trebuie să fie atât pentru România, cât și pentru celelalte state membre un deziderat continuu, pe care să îl urmărească atât în etapa adoptării legislației, cât și în cea a punerii sale în aplicare.

CONFISCAREA SPECIALĂ. CONFISCAREA EXTINSĂ. STANDARDE PROBATORII

Special Confiscation. Extended Confiscation. Probatory Standards

Mihai-Costin TOADER*

Rezumat: *Prezentul studiu își propune, pornind de la relevarea naturii juridice și reglementării confiscării speciale și confiscării extinse, prin sublinierea unor soluții din practica judiciară națională și europeană, să ofere o dezlegare cât mai judicioasă a chestiunii referitoare la standardul probatoriu pretins de către legiuitor pentru ca organele judiciare competente să poată dispune una dintre aceste sancțiuni de drept penal. Reflectând literatura de specialitate și jurisprudența în materie, interpretată din perspectiva subiectivă a unui procedurist al științelor penale, fără a emite pretenția omniscienței sau a exhaustivității, prezentul studiu, fructul unei cercetări științifice, oferă o soluție teoretică pentru practicienii chemați să pună în operă, într-o formă incipientă sau într-o formă desăvârșită, prescripțiile confiscării speciale sau ale confiscării extinse în corelație cu standardul probatoriu cerut de legiuitor pentru a adopta aceste sancțiuni. Lucrarea se dorește a fi una dintre multele etape de căutare și studiere, în vederea articulării unei teze de doctorat solide, care să abordeze plurativ fenomenul infracțional al spălării banilor.*

Cuvinte-cheie: *confiscare specială, confiscare extinsă, standard probatoriu, dubiu rezonabil, balanța probabilităților.*

Abstract: *The present study aims at providing the most judicious explanation of the issue of the standard of proof alleged by the legislator for the protection of the legal nature and the regulation of special confiscation and extensive confiscation by emphasizing solutions from the national and European judicial practice that the competent judicial bodies may have one of these criminal penalties. Reflecting the literature and jurisprudence in the matter, interpreted from the subjective perspective of a criminal scientist, without giving the claim to omniscience or exhaustiveness, the present study, the fruit of a scientific research, provides a theoretical solution for practitioners called to work in in an incipient or in perfect form, the prescriptions of special confiscation or extended confiscation from the point of view of the probative standard required by the legislator to adopt these sanctions. The paper aims to be one of the many stages of search and study, in order to articulate a solid doctoral thesis, which plurally addresses the criminal money laundering phenomenon.*

Keywords: *special confiscation, extended confiscation, probative standard, reasonable doubt, probability balance.*

În sfera de incidență a dreptului penal autohton, confiscarea specială și confiscarea extinsă prezintă anumite particularități care determină dezbateri doctrinare acerbe și o fertilă jurisprudență. În prezentul studiu, ne propunem, pornind de la relevarea naturii juridice și a modului de reglementare a acestor instituții, prin sublinierea unor soluții din practica judiciară națională și europeană, să oferim o dezlegare cât mai judicioasă a chestiunii referitoare la standardul probatoriu pretins de către legiuitor pentru ca organele judiciare competente să poată dispune una dintre aceste măsuri.

Este notoriu faptul că legiuitorul include confiscarea specială și confiscarea extinsă în categoria măsurilor de siguranță. Deși sunt consecințe directe și imediate ale angajării mecanismului de răspundere penală, legiuitorul nu a înțeles să ofere o definiție conceptuală a măsurilor de siguranță, această misiune revenind doctrinei și practicii judiciare. Într-o lucrare emblematică pentru peisajului științelor penale¹, autorii au reușit să surprindă definiția plurativă a măsurilor de siguranță și rațiunea instituționalizării acestora, subliniind faptul că infracțiunile sunt fapte care prin ele însele prezintă un pericol social deosebit, iar pentru combaterea acestora și înlăturarea pericolului social intervin sancțiunile cu caracter penal. Faptele prevăzute de legea penală dau însă în vileag, deseori, existența unor realități umane sau sociale care, la rândul lor, prezintă pericol social; aceste realități trebuie să fie de asemenea combătute, fiindcă ele pot determina sau contribui la săvârșirea altor fapte prevăzute de legea penală. Aceste realități umane sau sociale, privite în special din punctul de vedere al luptei împotriva infracțiunilor, sunt considerate ca „stări de pericol” de care trebuie să se ocupe însăși legea penală, fiindcă, pe de o parte, ele se găsesc implicate în cauzalitatea unor fapte prevăzute de legea penală, iar pe de altă parte, sunt scoase la lumină tocmai prin săvârșirea acestor fapte. Aceste „stări de pericol” distincte de pericolul social pe care îl prezintă faptele prevăzute de legea

* Magistrat; Doctorand, Universitatea „Titu Maiorescu” din București; e-mail: costin.toader89@yahoo.com.

¹ Dongoroz V., Kahane S., Oancea I., Stanoiu R., Fodor I., Iliescu N., Bulai C., Roșca V., *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. II, ed. a II-a, Ed. Academiei Române și Ed. All Beck, București, 2003, p. 258.

penală, nu pot fi combătute prin sancțiuni penale (pedepse) a căror aplicare nu ar putea fi justificată, deoarece aceste stări izvorăsc din realități care nu constituie încălcări ale legii penale, și nici nu ar putea avea vreo eficiență, înlăturarea acestor stări de pericol trebuind să se realizeze numai prin măsuri cu caracter preventiv. A fost deci necesar ca în Codul penal în vigoare, alături de cadrul mijloacelor de constrângere cu caracter represiv, să se creeze, în sistemul sancțiunilor de drept penal, un cadru complementar de mijloace de constrângere cu caracter pur preventiv, respectiv măsurile de siguranță. Aceste măsuri sunt destinate combaterii anumitor stări de pericol social care au contribuit și ar mai putea contribui la săvârșirea unor fapte prevăzute de legea penală. Stările de pericol care atrag luarea de măsuri de siguranță sunt anume prevăzute de legea penală. Existența acestor stări de pericol, care justifică luarea măsurilor de siguranță, este, după cum s-a arătat mai sus, dată în vileag prin însăși săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală, iar stările respective privesc, în genere, persoana celui care a săvârșit fapta. Măsurile de siguranță prevăzute și reglementate de legea penală nu au, așadar, în vedere pericolul social pe care îl prezintă prin ea însăși fapta prevăzută de legea penală, ci anumite stări de pericol care au fost relevate, prin săvârșirea unei fapte prevăzute de legea penală sau constatate cu prilejul urmăririi acelei fapte, stări a căror combatere se poate realiza numai prin luarea acestor măsuri de siguranță, față de cel care a săvârșit fapta revelatoare. Chiar atunci când realitatea care generează starea de pericol privește o situație sau un lucru, pericolul pe care îl prezintă acestea este direct raportat la persoana celui care a săvârșit fapta prevăzută de lege, așa încât incidența măsurii de siguranță păstrează trăsătura de măsură luată față de persoana făptuitorului.

Deși nu oferă a definiție măsurilor de siguranță, Codul penal statuează că măsurile de siguranță au ca scop înlăturarea unei stări de pericol și preîntâmpinarea săvârșirii faptelor prevăzute de legea penală, putându-se dispune față de persoana care a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, chiar dacă făptuitorului nu i se aplică o pedeapsă (art. 107 Cod penal). După cum vom arăta, deși este o măsură de siguranță, confiscarea extinsă nu poate fi dispusă decât în condițiile unei condamnări. Analizând în mod sintetic condițiile de dispunere a confiscării speciale, se constată faptul că această măsură de siguranță se poate dispune în cazuri exprese prevăzute de legea penală (art. 112, alin.1, literele a-f din Codul penal), în natură sau prin echivalent, efectul dispunerii acestei măsuri de siguranță fiind trecerea silită și gratuită în patrimoniul statului a unor bunuri aflate în legătură de cauzalitate cu o faptă prevăzută de legea penală, care generează o stare de pericol prin lăsarea acestora în circuitul civil. În ceea ce privește măsura de siguranță a confiscării extinse, nici în cazul acesteia legiuitorul nu a înțeles să elaboreze o definiție edificatoare, însă din economia textelor de lege care fixează condițiile în care se poate dispune această măsură de siguranță, doctrina de specialitate² a reținut că aceasta este o varietate a măsurii de siguranță a confiscării speciale, constând în trecerea silită și gratuită în proprietatea statului a anumitor bunuri ce aparțin persoanei care a săvârșit o infracțiune, aceasta fiind o faptă de o anumită gravitate, individualizată de legiuitor (adică este sancționată cu o pedeapsă de 4 ani închisoare sau mai mare, este susceptibilă de procurarea unor foloase materiale și se regăsește printre faptele enumerate de legiuitor); bunurile respective aparțin persoanei condamnate sau unui terț care a transferat bunuri unui membru al familiei ori unei persoane juridice asupra căreia persoana condamnată deține controlul. Spre deosebire de unele dintre ipotezele avute în vedere la confiscarea specială, în cazul confiscării extinse este obligatoriu ca persoana să fi fost condamnată pentru comiterea unei infracțiuni sau a unor infracțiuni dintre cele care se încadrează în descrierea legiuitorului – exprimarea fiind în toate cazurile în acest sens: „în cazul în care persoana este condamnată”, „valoarea bunurilor dobândite de persoana condamnată”, „transferarea de către persoana condamnată” etc. Pentru a putea confisca și alte bunuri decât cele care sunt supuse confiscării speciale, instanța de judecată trebuie să aibă ca referință o perioadă de 5 ani înainte de săvârșirea infracțiunii și, dacă este cazul, și după săvârșirea infracțiunii, până cel mai târziu în momentul emiterii actului de sesizare a instanței de judecată, interval de timp în care au fost acumulate bunuri ce depășesc în mod vădit veniturile obținute de condamnat în mod licit. De asemenea, cea de-a doua condiție este ca instanța de judecată să aibă convingerea intimă că bunurile respective provin din activități de natura celor care au atras condamnarea. Având în vedere exprimarea „*in terminis*” a legiuitorului, cele două condiții trebuie îndeplinite cumulativ. Deși în practica judiciară s-a susținut și punctul de vedere conform căruia confiscarea extinsă ar reprezenta în fapt o veritabilă pedeapsă sau chiar o acuzație în materie penală³, opinia majoritară⁴ este în sensul de a nu atribui acestei măsuri de siguranță caracterul unei pedepse sau a unei acuzații în materie penală potrivit noțiunilor autonome ale acestor instituții, cristalizate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului cu referire la aplicabilitatea art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului privind dreptul la un proces echitabil în materie penală, punct de vedere preponderent la care achiesăm în totalitate. Astfel se poate remarca similitudinea specificității instituției confiscării extinse cu argumentele prezente în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, care să susțină teza conform căreia prin declanșarea și dispunerea acesteia nu se formulează o nouă acuzație în materie penală cu privire la săvârșirea unei infracțiuni, ci scopul este de a recupera bunurile deținute în mod ilegal de persoana condamnată. Chiar din însăși textul de lege care stabilește condițiile în care această instituție operează, în urma evaluării probelor,

² N.A. Moiceanu, M.C. Toader, *Corelația dintre confiscarea extinsă și investigația financiară în procesul penal român*, Revista Pro Lege nr. 4/2017, disponibilă accesând <http://revistaprolege.ro/corelatia-dintre-confiscarea-extinsa-si-investigatia-financiara-procesul-penal-roman/>.

³ Coraș L., *Confiscarea extinsă. Aspecte procedurale*, în Dreptul nr. 6/2016, p. 182.

⁴ În acest sens și Iugan A.V., *Confiscarea extinsă*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 19.

instanța trebuie să-și formeze convingerea că bunurile respective provin din activități infracționale de natura celor prevăzute la alin. 1 din art. 112¹ C. pen., iar fapta pentru care inculpatul este condamnat trebuie să fie susceptibilă să genereze un folos patrimonial, aspecte care pot fundamenta ideea că prin întreaga ei configurație această instituție nu este orientată către stabilirea vinovăției pentru o infracțiune ci către bunurile respectivei persoane care excedează în mod vădit veniturilor transparente obținute, cu privire la care operează o „relaxare” a sarcinii probei iar pe de altă parte, o „divizare” a sarcinii probei, cel în cauză având posibilitatea de a dovedi caracterul licit al bunurilor pe care le deține⁵. Nu este vorba însă de o răsturnare a sarcinii probei (*onus probandi*) cum s-ar putea crede, ci de aplicarea unui standard special de răsturnare a prezumției relative de dobândire licită a proprietății, care din punctul de vedere al cadrului procesual și al garanțiilor alocate trebuie să se circumscrie art. 6 paragraful 1 din CEDO-latura civilă. Astfel, aplicarea unor prezumții simple pentru răsturnarea prezumției relative a caracterului licit al dobândirii averii trebuie să fie însoțită de garanții care să confere persoanei condamnate o posibilitate efectivă și eficientă de combatere a susținerilor acuzării, respectiv să aibă loc în cadrul unei proceduri judiciare în fața unei instanțe independente și imparțiale, să beneficieze de o audiere publică, acuzatul să poată contesta propune și administra probe, iar prezumțiile pe care acuzarea le invocă să aibă caracter relativ pentru a putea fi în mod real combătute.

Corelând natura juridică a celor două măsuri de siguranță cu rigorile procedurale, pentru a realiza o aplicare optimă a prescripțiilor de drept substanțial, se poate observa un hiatus al legiuitorului în ceea ce privește modalitatea aplicare a celor două instituții prin raportare la ansamblul probatoriu. Astfel, fiind consecințe ale răspunderii penale și sancțiuni de drept penal, confiscarea specială și confiscarea extinsă se subsumează principiilor și regulilor care guvernează procesul penal. În acest sens, practica judiciară este chemată să deceleze care este standardul probatoriu necesar pentru dispunerea acestor măsuri de siguranță, cu alte cuvinte cât de solidă trebuie să fie reconstituirea ideologică pe bază de probe a realității obiective (probațiunea) astfel încât să determine adoptarea acestor măsuri de siguranță. Este de sesizat că legiuitorul reglementează calitatea standardului probatoriu pentru anume instituții, nu însă și pentru dispunerea măsurilor de siguranță. Spre exemplu, pentru condamnare, nivelul probatoriu este cel al existenței unor probe din care să reiasă dincolo de orice dubiu rezonabil că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat (art. 103 alin. 2 și art. 396 alin. 1 C. pr. pen.), pentru punerea în mișcare a acțiunii penale standardul probatoriu este cel al existenței probelor din care rezultă că o persoană a săvârșit o infracțiune și nu există vreunul din cazurile de împiedicare a exercitării acțiunii penale (art. 309 alin. 1 C. pr. pen.) sau pentru dispunerea măsurilor preventive este necesar să existe probe sau indicii temeinice din care să rezulte suspiciunea rezonabilă că o persoană a săvârșit o infracțiune (art. 202 alin. 1 C. pr. pen.). Este de menționat că în actuala configurație a procesului penal român, doar magistratul judecător poate dispune confiscarea specială sau confiscarea extinsă, fie prin soluționarea acțiunii penale exercitate de procuror în cursul urmăririi penale (art. 404 alin. 4 lit. d) C. pr. pen.), fie prin soluționarea procedurii speciale de confiscare sau deființare a unui înscris în cazul clasării sau renunțării la urmărire penală, prev. de art. 549¹ C. pr. pen., astfel că aceste măsuri de siguranță nu pot fi adoptate de către procuror sau de organul de cercetare penală.

Astfel, așa cum am arătat în cele ce preced, referitor la măsura de siguranță a confiscării speciale, nu este necesară existența unei condamnări, ci doar incidența sau recurența unei fapte prevăzute de legea penală, care este nejustificată (lipsa incidenței unei cauze justificative prevăzute de art. 19-22 C. pen.). Pe cale de consecință, o primă concluzie preliminară ce își extrage seva din această reglementare este faptul că în materia confiscării speciale, nu este necesar să fie satisfăcut standardul probatoriu al existenței unor probe din care să reiasă dincolo de orice dubiu rezonabil (*beyond any reasonable doubt*) că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat, acesta fiind standardul conturat și de jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în materia condamnării penale, un standard exigent însă nu ideal. Tot în jurisprudența Curții Europene referitoare la emiterea ordinelor de confiscare, din perspectiva incidenței art. 6 din Convenție și al art. 1 din Protocolul 1 adițional la Convenție (dreptul la proprietate), s-a consolidat nivelul probatoriu *balance of probabilities* (balanța probabilităților), standard de probă întâlnit în procedurile civile și care cere, pentru ca o afirmație să fie dovedită, să fie mai probabil ca respectiva afirmație să fie adevărată, decât falsă, standardul fiind atins dacă există mai mult de 50% șanse ca afirmația să fie adevărată. Astfel, Curtea, aplicând acest standard probatoriu⁶, a constatat că acuzatul a cheltuit sau a primit anumite sume de bani de-a lungul celor 6 ani care precedat săvârșirea infracțiunii, sarcina probei fiind transferată acuzatului, care trebuia să arate, tot la nivelul *balance of probabilities* că suma de bani provenea dintr-o sursă legitimă. Într-o altă cauză⁷ s-a arătat că este legitim ca autoritățile naționale competente să impună ordine de confiscare bazându-se pe faptul că mai multe dovezi sugerează că veniturile legale ale reclamantei nu erau suficiente ca aceasta să achiziționeze pe bunurile pe care le deține. Când un ordin de confiscare este rezultatul unei proceduri legate de un proces penal care vizează infracțiuni grave, Curtea nu pretinde niciodată standardul probatoriu dincolo de orice îndoială rezonabilă cu privire la originea ilicită a bunurilor care fac obiectul procedurii. În concret, probele care dovedesc o balanță de probabilitate ori o probabilitate ridicată privind originea ilicită a bunurilor combinate cu imposibilitatea proprietarului de a dovedi

⁵ Decizia Curții Constituționale nr. 356/2014, publicată în M. Of. nr. 691 din 22 septembrie 2014.

⁶ A se vedea cauza *Grayson și Barnham contra Marii Britanii*, disponibilă pe site-ul www.hudoc.echr.coe.int.

⁷ A se vedea cauza *Telbiș și Viziteu contra României*, par. 68, disponibilă pe site-ul www.hudoc.echr.coe.int.

contrariul, au fost considerate ca fiind suficiente pentru a dovedi testul de proporționalitate prev. de art. 1 din Protocolul adițional 1. Într-o altă cauză aflată pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului și soluționată⁸, s-a arătat că privind standardele europene în domeniu, confiscarea în legătură cu infracțiuni grave este posibilă și fără aplicarea unei pedepse și se poate realiza chiar într-o procedură civilă care urmărește bunul *in rem*. Procedurile de confiscare se pot aplica nu numai beneficiilor directe rezultate din săvârșirea infracțiunii, dar și oricăror profituri și beneficii indirecte obținute prin convertirea sau transformarea beneficiilor rezultate din săvârșirea de infracțiuni sau care interferează cu comiterea acestor infracțiuni. În final, măsurile de confiscare pot fi aplicate atât persoanelor suspectate de săvârșirea unor infracțiuni, dar și terțelor persoane care dețin drepturi de proprietate fără să fi fost în mod necesar de bună-credință. În ceea ce privește standardul probatoriu necesar condamnării, respectiv „dincolo de orice dubiu rezonabil”, instanța europeană a indicat în cauza Boicenco împotriva Republicii Moldova, că în procesul de apreciere a probelor, Curtea aplică, în general, standardul de probă „dincolo de un dubiu rezonabil” (a se vedea Ireland v. the United Kingdom, hotărâre din 18 ianuarie 1978, Seria A nr. 25, pp. 64-65, § 161). Totuși, astfel de probe pot fi deduse și din coexistența unor concluzii suficient de întemeiate, clare și concordate sau a unor similare prezumții incontestabile ale faptelor, iar într-o cauză recentă⁹, Curtea și-a reconfirmat propria jurisprudență, și a statuat că standardul probator al existenței dovezilor dincolo de orice dubiu rezonabil nu este coextensiv cu cel al sistemelor juridice naționale care o utilizează. În primul rând, o astfel de dovadă poate rezulta din coexistența unor concluzii suficient de puternice, clare și concordante sau de prezumții similare de fapt. În al doilea rând, nivelul de persuasiune necesar pentru a ajunge la o concluzie este în mod intrinsec legat de specificitatea faptelor și de natura afirmației. Curtea Constituțională a României, în decizia nr. 47/2016¹⁰ referitoare la respingerea excepției de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 396 alin. (2) din Codul de procedură penală a reținut că standardul probei dincolo de orice îndoială rezonabilă își are originea în modul de reglementare a sistemului probator, referitor la care doctrina identifică două orientări majore: cea a capacității probelor de a convinge, respectiv de a conduce la formarea convingerii intime a judecătorului aflat în situația de a soluționa o cauză penală, orientare specifică sistemului de drept continental, și cea a capacității probelor de a demonstra vinovăția, dincolo de orice îndoială rezonabilă, specifică sistemului de drept anglo-saxon și jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului și preluarea în sistemul continental a standardului probei dincolo de orice îndoială rezonabilă, specific sistemelor adversariale, este rezultatul tendinței de obiectivizare a standardului convingerii intime a judecătorului care, în esența sa, presupune un grad apreciabil de subiectivitate. Acest standard poate fi pe deplin înțeles doar prin raportare la standardul *in dubio pro reo*, care, la rândul său, constituie o garanție a prezumției de nevinovăție și reflectă modul în care principiul aflării adevărului, consacrat la art. 5 din Codul de procedură penală, este aplicat în materia probațiunii. El se referă la aceea că, în măsura în care dovezile administrate pentru susținerea vinovăției celui acuzat conțin o informație îndoielnică tocmai cu privire la vinovăția făptuitorului, în legătură cu fapta imputată, instanțele judecătorești nu își pot forma o convingere care să se constituie într-o certitudine și, de aceea, ele trebuie să concluzioneze în sensul nevinovăției acuzatului și să îl achite (paragrafele 15 și 18). În literatura de specialitate¹¹ s-a arătat că standardul dincolo de orice îndoială rezonabilă trebuie raportat la ansamblul probelor administrate în cauză, nu la fiecare probă în parte. Astfel, proximitatea certitudinii trebuie să rezulte din evaluarea ansamblului materialului probator administrat în cauză cu respectarea exigențelor de legalitate și loialitate ale procedurii. Acest standard este complementar celui care garantează prezumția de nevinovăție potrivit căruia orice dubiu profită acuzatului (*in dubio pro reo*), se află în strânsă cu principiul aflării adevărului și urmărește reducerea riscurilor producerii unor erori judiciare. În aceste circumstanțe, standardul dincolo de orice îndoială rezonabilă trebuie privit de judecătorul cauzei detașat de anxietățile morale sau sociale, ori de dilemele culturale asociate cauzei penale, având în vedere că în centrul procesului penal se află probele administrate în cauză, pe care este chemat să le evalueze sub toate aspectele.

Analizând din perspectivă proprie, apreciem că standardul probatoriu necesar condamnării, respectiv cel al existenței unor probe din care să reiasă, dincolo de orice dubiu rezonabil, vinovăția persoanei condamnate, nu trebuie clasificat ca fiind un standard ideal, deși trebuie să fie și este unul foarte sever. Astfel, în practica judiciară, aproape niciodată organele judiciare nu pot stabili vinovăția unei persoane pe baza unui paradigme perfecte a probațiunii, ci pe baza unor evidențe (dovezi) decisive și convingătoare. Faptul că aproape niciodată probele administrate nu dovedesc în cvasitotalitatea acestora certitudinea vinovăției se datorează unui cumul de factori, ce pot fi de natură obiectivă și subiectivă. Tocmai de aceea, în interpretarea probelor este consacrat principiul libertății de apreciere asupra acestora, prin coroborare și/sau excludere a acestora din ansamblul probatoriu, atunci când acestea nu sunt articulate între ele, neexistând o ierarhie a probelor. Modul de prelucrare, de interpretare, de înlăturare sau de ranforsare a acestora, este apanajul exclusiv al organelor judiciare și se realizează de acestea într-o matcă doctrinară și jurisprudențială atașată unei marje de apreciere demarcată de anumite principii fundamentale de interpretare a dreptului penal.

⁸ A se vedea cauza *Gogitidze și alții contra Georgiei*, par.105, disponibilă pe site-ul www.hudoc.echr.coe.int.

⁹ A se vedea cauza *Navalny contra Rusiei*, par.314, disponibilă pe site-ul www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁰ Publicată în M. Of. nr. 323/2016.

¹¹ Udriou M. și colectivul, *Codul de procedură penală, Comentariu pe articole*, ed. a 2-a, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 432.

Din punctul nostru de vedere, standardul probatoriu dincolo de orice dubiu rezonabil (edictat explicit de art. 103 alin. 2 C. pr. pen. și art. 396 alin. 2 C. pr. pen.) trebuie asociat cu principiul *in dubio pro reo* (orice dubiu profită acuzatului). În privința acestui principiu, în jurisprudență¹² s-a reținut că regula *in dubio pro reo* constituie un complement al prezumției de nevinovăție, un principiu instituțional care reflecta modul în care principiul aflării adevărului, consacrat în art. 3 C. pr. pen. (s.n., art. 5 din actualul C. pr. pen.), se regăsește în materia probațiunii. Ea se explică prin aceea că în măsura în care dovezile administrate pentru susținerea vinovăției celui acuzat conțin o informație îndoielnică tocmai cu privire la vinovăția făptuitorului în legătură cu fapta imputată, autoritățile judecătorești penale nu-și pot forma o convingere care să se constituie într-o certitudine și, de aceea, ele trebuie să concluzioneze în sensul nevinovăției acuzatului și să-l achite. Înainte de a fi o problemă de drept, regula *in dubio pro reo* este o problemă de fapt. Înfăptuirea justiției penale cere ca judecătorii să nu se întemeieze, în hotărârile pe care le pronunță, pe probabilitate, ci pe certitudinea dobândită pe bază de probe decisive, complete, sigure, în măsură să reflecte realitatea obiectivă (fapta supusă judecării). Numai așa se formează convingerea, izvorâtă din dovezile administrate în cauză, că realitatea obiectivă (fapta supusă judecării) este, fără echivoc, cea pe care o înfățișează realitatea reconstituită ideologic cu ajutorul probelor. Chiar dacă în fapt s-au administrat probe în sprijinul învinuirii, iar alte probe nu se întrevăd ori pur și simplu nu există, și totuși îndoiala persistă în ce privește vinovăția, atunci îndoiala este echivalentă cu o probă pozitivă de nevinovăție și deci inculpatul trebuie achitat.

În concluzie, circumstanțiind soluțiile de mai sus, se desprinde teza potrivit căreia cele două măsuri de siguranță (confiscarea specială și confiscarea extinsă) se subsumează următoarelor standarde de probă: în ceea ce privește confiscarea specială atașată unei soluții de condamnare, pentru a se emite ordinul de confiscare, din probatoriul administrat trebuie să reiasă dincolo de orice dubiu rezonabil vinovăția persoanei condamnate și să fie incident cel puțin unul dintre cazurile de confiscare specială, expres prevăzute de legea penală (art. 112 alin. 1 lit. a)-f) C. pen.), însă aceste elemente nu sunt suficiente prin raportare la standardele europene în materia drepturilor omului. Revenind la bogata jurisprudență a Curții Europene a Drepturilor Omului în protejarea dreptului la proprietate (consacrat de art. 1 din Protocolul nr. 1 adițional al Convenției Europene a Drepturilor Omului), instanța europeană a stabilit că o măsură de confiscare, deși presupune o privare de proprietate, constituie totodată o modalitate de reglementare a folosinței bunurilor astfel cum rezultă din cel de-al doilea paragraf al art. 1 din Protocolului adițional nr. 1, iar așa cum a arătat în numeroase ocazii, o ingerință în dreptul de proprietate trebuie să fie prevăzută de lege, să urmărească unul sau mai multe scopuri legitime și să existe o proporționalitate între mijlocele folosite și scopul urmărit. Cu alte cuvinte, Curtea trebuie să determine dacă a fost sau nu realizat un echilibru între interesul general și interesul individual în cauză. Referitor la echilibrul dintre scop și drepturile fundamentale individuale, Curtea reamintește că atunci când bunurile sunt confiscate, echilibrul depinde de mai mulți factori, incluzându-se aici comportamentul proprietarului¹³. Însă nivelul de probațiune dincolo de orice dubiu rezonabil este cerut de legiuitor pentru soluția de condamnare, nu și pentru soluția de confiscare specială. Tocmai de aceea apreciem că este compatibilă, *de plano*, pronunțarea unei soluții de achitare/încetare a procesului penal în baza art. 16 lit. b) teza a II-a (fapta nu a fost săvârșită cu forma de vinovăție prevăzută de lege), art. 16 lit. d) teza a II-a (există o cauză de neimputabilitate), art. 16 lit. e)-j) C. pr. pen. simultan cu dispunerea măsurii de siguranță a confiscării speciale, indiferent dacă probatoriul se raportează la existența unor îndoieli rezonabile sau la standardul civil de preponderență a probelor. Nu există vreun motiv pentru a raționa în sens contrar, din moment ce chiar legiuitorul a edictat o procedură specială de confiscare sau desființare a unui înscris în cazul clasării sau renunțării la urmărire penală, prevăzută de art. 549¹ C. pr. pen., astfel că măsura de siguranță a confiscării speciale este posibilă și în proximitatea unei soluții de condamnare, respectiv atunci când acțiunea penală a fost epuizată în cursul urmăririi penale, prin adoptarea de către Ministerul Public, a unei soluții de clasare sau de renunțare la urmărire penală. În ceea ce privește măsura de siguranță a confiscării extinse, dispunerea acesteia este intercondiționată de pronunțarea unei soluții de condamnare, astfel că în privința infracțiunii ce generează nașterea procesului penal în care se poate aplica această măsură, este necesar să fie satisfăcut standardul probatoriu al existenței unor probe din care să reiasă dincolo de orice dubiu rezonabil (*beyond any reasonable doubt*) că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat. Totuși, în privința analizei condițiilor de admisibilitate a acestei măsuri, soluția trebuie nuanțată și armonizată cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului. În această materie, legiuitorul permite un transfer parțial al sarcinii probei, de la acuzare către apărare. Așa cum s-a reținut în mod just în literatura de specialitate¹⁴, trebuie reliefat și subliniat faptul că inversarea sarcinii probei se referă doar la originea produselor infracțiunii, sau mai pe larg, la aplicarea unei sancțiuni, iar nu și cu privire la vinovăția autorului acestuia, ce rămâne a fi probată în sarcina acuzării. Chiar dacă nu se referă la vinovăție, inversiunea contrariază prezumția de nevinovăție și dreptul la tăcere, întrucât ar fi contradictoriu să determini natura confiscării ca fiind penală, pornind tocmai de la caracterul său punitiv, iar apoi exact acesta să fie omis a fi avut în vedere în cursul procedurilor ce tind la impunerea respectivei sancțiuni. Respectarea prezumției de nevinovăție nu presupune interdicția utilizării prezumțiilor de fapt și de drept împotriva acuzatului, dacă aceasta este realizată în

¹² Decizia nr. 3465/27.06.2007, pronunțată de Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală.

¹³ A se vedea cauza *Silickiene contra Lituaniei*, parag. 63 și 66, disponibilă pe site-ul www.hudoc.echr.coe.int.

¹⁴ Flaviu Ciopec, *Confiscarea extinsă, între de ce și cât de mult?*, Ed. C.H. Beck, București, 2015, p. 51.

limite rezonabile și respectă drepturile apărării. Însă, în substanța măsurii de siguranță, legiuitorul nu condiționează aplicarea acestei sancțiuni de drept penal de incidența vreunui standard probatoriu, astfel că este suficient ca din probatoriul administrat pentru dovedirea infracțiunii primare dar și în realizarea investigației financiare ce oferă consistență acestei măsuri, să rezulte suficiente elemente de fapt pe baza cărora să se poată determina îndeplinirea cumulativă a condițiilor legale de dispunere a acestei măsuri de siguranță. Distincțiile dintre standardele de probațiune diferite fiecărei din cele două măsuri de siguranță, își extrag seva și din raportul dintre confiscarea specială și confiscarea extinsă care este un raport gen-specie. Din acest motiv, dispozițiile legale stabilesc incontestabil că aplicarea confiscării extinse trebuie să excepteze bunurile dobândite licit, în respectarea principiului consacrat la nivel european „criminalitatea nu aduce venituri”¹⁵, dar și pentru a asigura securitatea sistemului constituțional și penal național.

¹⁵Comunicarea Comisiei către Parlamentul European și Consiliu, Produsele provenite din activități de criminalitate organizată – garantarea principiului potrivit căruia „criminalitatea nu aduce venituri”, Bruxelles, 20.11.2008 COM(2008) 766 final, disponibil la <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0766>.

IMPLICAȚIILE JURISPRUDENȚEI NAȚIONALE ASUPRA MIJLOACELOR DE PROBĂ ÎN PROCESUL PENAL

Implications of National Jurisprudence on Means of Proof in Criminal Trial

Adrian ȘANDRU*

Rezumat: *Jurisprudența în România afectează major evoluția sistemului de drept, cu toate că nu este un veritabil izvor de drept penal. În contextul unei legislații deficitare, jurisprudența are un rol important în a clarifica și interpreta anumite norme juridice. Administrarea probelor în procesul penal a fost reformată prin Codul de procedură penală, noile norme creând dificultăți de interpretare și aplicare pentru practicienii dreptului. Analizând jurisprudența Curții Constituționale cu privire la administrarea probelor, se poate observa o evoluție legislativă, datorată intervenției instanței de contencios constituțional. Cu toate acestea legiuitorul este dator în a edicta anumite norme în acord cu principiile fundamentale de drept și normele europene privind drepturile fundamentale ale omului, care să fie cu ușurință înțelese și aplicate.*

Cuvintele-cheie: *jurisprudența, procedura penală, probă, mijloc de probă, admisibilitate.*

Abstract: *Jurisprudence in Romania greatly affects the evolution of the legal system, although it is not a true source of criminal law. In the context of poor legislation, case law plays an important role in clarifying and interpreting certain legal rules. The administration of evidence in the criminal proceedings has been reformed through the Criminal Procedure Code, with new rules creating difficulties for interpretation and enforcement for legal practitioners. Analyzing the jurisprudence of the Constitutional Court regarding the administration of evidence, one can observe a legislative evolution, due to the intervention of the constitutional court. However, the legislator has a duty to lay down certain rules in line with the fundamental principles of law and European rules on fundamental human rights, which are easy to understand and apply.*

Keywords: *jurisprudence, criminal procedure, trial, means of proof, admissibility.*

I. Aspecte preliminare

Analizând diacronic rolul pe care jurisprudența îl are în sistemul de drept românesc, se poate constata că, deși doctrinar nu a primit atenția cuvenită, practica judecătorească are o influență majoră, nu doar asupra părților dintr-un proces penal, ci chiar asupra întregului cadru legislativ.

Noile provocări ale societății impun o schimbare la nivel legislativ, cât și la nivel jurisprudențial, în contextul în care valorile sociale umaniste ale lumii dispar, iar gradul de neîncredere al societății este în creștere, raportat la valorile fundamentale ale unui stat¹ și chiar cu privire la hotărârile unor instanțe judecătorești. Contextul actual al evoluției galopante a globalizării constituie o provocare pentru norma juridică și pentru jurisprudență în a oferi soluții actuale și eficiente unor probleme cu un caracter impregnat de noutate². Surprinderea secvențială a cotidianului este apanajul „*esteticii juridice*”, cât și un exercițiu de deciptare a normei juridice pe care trebuie să îl rezolve jurisprudența³.

Fără a tarifa într-un mod categoric contribuția adusă de jurisprudență cu privire la evoluția legislativă actuală, nu putem să nu remarcăm că, jurisprudența în prezent, este un element care contribuie la „complexitatea” justiției românești⁴, motiv pentru care există unele opinii care susțin cu cerbie necesitatea unificării jurisprudenței. De altfel, jurisprudența este privită ca un mecanism important în „*explicitarea semnificațiilor reglementărilor juridice și prin aceasta, în punerea în aplicare și chiar crearea acestora*”⁵. Ne vom apleca asupra impactului jurisprudenței asupra crearea normelor juridice, cu precădere cele din sfera penală și procesual penală, datorită metamorfozei legislative în aceste materii.

Dezbaterea privind veridicitatea jurisprudenței ca izvor de drept este una aprinsă, având în vedere că în sistemul de drept românesc precedentul judiciar nu creează obligații pentru alți judecători în spețe asemănătoare. Au existat

* Avocat, colaborator în cadrul S.C.P.A. „Mareș/Danilescu/Mareș”, Baroul București, e-mail: adrian.sandru@mares.ro.

¹ I. Friedmann-Nicolescu, *Considerații și particularități la schimbările din Europa Contemporană*, vol. *Europa în derivă. De la unitate în diversitate, la diversitate fără unitate*, Ed. Universitară, București, 2016, p. 156.

² E. Ciongaru, *The Juridical Transplant in context of globalization*, vol. *International Conference Current Problems in Legal Theory and in Comparative law*, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 2012, p. 53.

³ I. Friedmann-Nicolescu, *Revista de Doctrină și Jurisprudență*, Nr. 2/2011, p. 38.

⁴ G. Buta, *Jurisprudența, o nouă veche provocare*, *Revista română de jurisprudență*, Nr. 1/2011.

⁵ M. Duțu, *Jurisprudența română, încotro?*, *Pandectele Române*, Nr. 11/2013, Ed. Wolters Kluwer, p. 11.

opinii care au susținut că jurisprudența este „un izvor de drept formal ce include experiența practică a organelor judecătorești ce aplică dreptul pozitiv și căruia îi probează și legitimează valabilitatea”⁶.

Din punct de vedere istoric, practica judiciară este mai veche decât legea, fiind emanația unei autorități recunoscute de comunitate. În dreptul românesc, jurisprudența nu se regăsește printre izvoarele de drept, deoarece judecătorul în momentul pronunțării unei soluții nu este ținut de altceva decât de lege. Potrivit art. 4 C. civ. puterea judecătorească nu poate decât să rezolve litigiile între indivizi, dând hotărâri aplicabile numai acelei spețe, fără a avea un caracter *erga omnes*. Această opinie este unanim îmbrățișată de doctrină⁷. Sub acest aspect, considerăm relevant principiul constituțional enunțat de art. 124 din Constituția României, care prevede că judecătorii sunt independenți și se supun doar legii, rezultând că jurisprudența nu creează obligații pentru aceștia, doar în măsura în care legea ar impune acest aspect.

Există anumite hotărâri care emană de la Înalta Curte de Casație și Justiție, cele în soluționarea unui recurs în interesul legii sau în dezlegarea unor chestiuni de drept, care au o forță juridică diferită, prin voința legiuitorului.

II. Rolul jurisprudenței Curții Constituționale în legislația procesual penală

Raportat la cele menționate anterior, cum că jurisprudența nu constituie un izvor de drept am putea spune că hotărârile unei instanțe, fie ea de contencios constituțional, nu au impact asupra legislației. Însă, jurisprudența Curții Constituționale diferă ca efecte, de jurisprudența oricărei alte instanțe naționale.

Cel mai mare impact jurisprudențial asupra evoluției sistemului de drept, având repercusiuni chiar și cu privire la resortul lăuntric al unor norme juridice îl au deciziile Curții Constituționale. Pentru instanțele din România, la nivel european constituie un izvor de drept jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului și jurisprudența Curții de Justiție a Uniunii Europene cu privire la domenii strict determinate de realitatea juridică⁸.

În acord cu doctrina de specialitate, considerăm că deciziile Curții Constituționale reprezintă izvoare de drept penal⁹. O decizie a Curții Constituționale de constatare a neconstituționalității unei norme își produce efectele *erga omnes*, invalidând chiar norma supusă examenului de constituționalitate. Prin aceste decizii nu se creează norme noi, însă se abrogă anumite norme juridice, care au fost edictate de legiuitor prin nesocotirea principiilor constituționale. Ne raliem opiniei care susține că jurisprudența Curții Constituționale reprezintă un izvor de drept cu un caracter negativ, prin efectul abrogator al deciziilor Curții¹⁰. Fără a dezbate aici efectele deciziilor interpretative ale Curții Constituționale, nu putem să nu remarcăm că doctrina acuză de multe ori Curtea Constituțională pentru faptul că își arogă competențele unui legiuitor pozitiv, invocând ca pretext o presupusă încălcare a constituționalității unor norme, oferind veritabile direcții normative cu privire la interpretarea unor legi¹¹.

Curtea Constituțională, încă din jurisprudența sa mai veche, își arogă rolul de izvor de drept ajutător prin deciziile date, având în vedere că ele pot fi invocate ca precedent și prin faptul că dacă un text de lege este declarat neconstituțional el nu ar mai putea constitui obiectul unei alte excepții de neconstituționalitate¹².

În urma constatării neconstituționalității unei norme, Parlamentul este obligat să intervină pentru a armoniza legislația cu decizia Curții Constituționale, însă de cele mai multe ori Parlamentul își ratează această misiune, neintervenind în termenul prevăzut de lege la nivel legislativ, acest aspect conducând la o legislație deficitară.

III. Consecințele jurisprudenței Curții Constituționale în materia administrării probelor în procesul penal

Deși problemele tranșate de Curtea Constituțională prin deciziile ei sunt variate, anumite decizii au un impact mai mare asupra desfășurării unor proceduri sau chiar asupra drepturilor fundamentale ale omului. Având în vedere că, o persoană în urma unei hotărâri definitive de condamnare poate fi supusă la privare de libertate, influențarea echitabilității și desfășurării procesului penal produce consecințe extrem de importante.

Potrivit art. 103 alin. (2) C. pr. pen. *în luarea deciziei asupra existenței infracțiunii și a vinovăției inculpatului instanța hotărăște motivat, cu trimitere la toate probele evaluate. Condamnarea se dispune doar atunci când instanța are convingerea că acuzația a fost dovedită dincolo de orice îndoială rezonabilă*. Se observă că probele reprezintă cel mai important element în jurul căruia gravitează deznodământul unui proces penal, ele fiind singurele care pot conduce la o eventuală soluție de condamnare a unei persoane.

⁶ T. Ionașcu, *Jurisprudența – izvor de drept*, Analele Universității „Constantin Brâncuși” din Târgu Jiu, Seria Științe Juridice, Nr. 3/2014, p. 31.

⁷ G. Antoniu (coord.), *Tratat de drept penal, volumul I, Introducere în dreptul penal. Aplicarea legii penale*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 275.

⁸ M. Niemesch, *Rolul și evoluția jurisprudenței în dreptul românesc*, articol publicat pe site-ul www.universuljuridic.ro la data de 25 aprilie 2016.

⁹ F. Streteanu, D. Nițu, *Drept penal, Partea generală*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 75.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² C.C.R., Decizia nr. 19/1997 referitoare la excepțiile de neconstituționalitate a prevederilor art. 330, ale art. 3301 și ale art. 3302 din Codul de procedură civilă.

După intrarea în vigoare a Codului de procedură penală în 2014, Curtea Constituțională a intervenit de mai multe prin deciziile sale asupra reglementării probelor din actualul Cod, reconfigurând practic legislația procesual penală.

Prin reformarea procedurii penale, în materia probelor s-a introdus prin transplant legal sancțiunea excluderii probelor. Aceasta a creat multe controverse de aplicare încă de la intrarea în vigoare, existând o aprigă dispută între cei care susțineau că excluderea probelor este o sancțiune autonomă și cei care au considerat că excluderea unei probe poate interveni doar prin intermediul sancțiunii nulității.

Această problemă a ajuns pe masa Curții Constituționale care a tranșat problema definitiv. S-a reținut la par. 21 decizia nr. 383/2015 că, *„o probă nu poate fi obținută nelegal decât dacă mijlocul de probă și/sau procedeul probatoriu prin care este obținută este nelegal, aceasta presupunând nelegalitatea dispunerii, autorizării sau administrării probei. Or, nelegalitatea acestora este sancționată de prevederile art. 102 alin. (3) din Codul de procedură penală, prin aplicarea regimului nulității absolute sau relative. Aceasta deoarece nulitățile, așa cum sunt ele reglementate la art. 280—282 din Codul de procedură penală, privesc doar actele procedurale și procesuale, adică mijloacele de probă și procedeele probatorii, și nicidecum probele în sine, care nu sunt decât elemente de fapt. Prin urmare, este firească aplicarea regimului nulității, conform art. 102 alin. (3) din Codul de procedură penală, doar actelor prin care s-a dispus sau s-a autorizat proba sau actelor prin care s-a administrat aceasta. Doar aceste acte pot fi lovite de nulitate absolută sau relativă, aceasta din urmă presupunând o încălcare a drepturilor unui participant la procesul penal, ce nu poate fi înlăturată altfel decât prin excluderea probei astfel obținute din procesul penal”*¹³. S-au pus astfel capăt oricăror controverse, în mod firesc Curtea constatând că excluderea probei nu este o sancțiune de sine stătătoare. În susținerea celor statuate de Curte, vrem să menționăm că acest transplant legal din sistemul de drept *common-law*, anume excluderea probelor, s-a făcut fără a se ține seama de contextul legislativ din procedura penală românească și fără a fi integrat în sistemul normelor procesual penale. Este adevărat că, s-a discutat mult cu privire la loialitatea administrării probelor și există o bogată jurisprudență a Curții Europene a Drepturilor Omului cu privire la încălcarea principiului loialității administrării probelor, însă legiuitorul este obligat să găsească mecanisme în a reglementa aceste aspecte în armonie cu instituțiile procesual penale existente.

În materia probațiunii, mai ales cu privire la aprecierea probelor, Curtea a analizat conceptul de valoare a probei în Codul de procedură penală prin decizia nr. 47/2016. S-a statuat la par. 18 că *„preluarea în sistemul continental a standardului probei dincolo de orice îndoială rezonabilă, specific sistemelor adversale, este rezultatul tendinței de obiectivizare a standardului convingerii intime a judecătorului care, în esența sa, presupune un grad apreciabil de subiectivitate. Acest standard poate fi pe deplin înțeles doar prin raportare la standardul în dubio pro reo, care, la rândul său, constituie o garanție a prezumției de nevinovăție și reflectă modul în care principiul aflării adevărului, consacrat la art. 5 din Codul de procedură penală, este aplicat în materia probațiunii. El se referă la aceea că, în măsura în care dovezile administrate pentru susținerea vinovăției celui acuzat conțin o informație îndoielnică tocmai cu privire la vinovăția făptuitorului, în legătură cu fapta imputată, instanțele judecătorești nu își pot forma o convingere care să se constituie într-o certitudine și, de aceea, ele trebuie să concluzioneze în sensul nevinovăției acuzatului și să îl achite”*¹⁴. Cu această ocazie a fost analizat standardul probei în procesul penal, operațiune ce era necesară datorită reformării aprecierii standardului probei în materie. La aceeași dată, Curtea pronunță o decizie în care analizează constituționalitatea art. 142 C. pr. pen. privind punerea în executare a mandatului de supraveghere tehnică.

Cu această ocazie, Curtea realizează o abordare didactică a subiectului, dând definiții conceptelor din materia probelor. Astfel, la par. 30 al deciziei nr. 51/2016, Curtea reține că, *„conform art. 97 alin. (1) din Codul de procedură penală, **proba** este definită ca fiind orice element de fapt care servește la constatarea existenței sau inexistenței unei infracțiuni, la identificarea persoanei care a săvârșit-o și la cunoașterea împrejurărilor necesare pentru justa soluționare a cauzei și care contribuie la aflarea adevărului în procesul penal. Potrivit alin. (2) al acestui articol, **mijloacele de probă** în procesul penal constau în declarațiile suspectului sau ale inculpatului, declarațiile persoanei vătămate, declarațiile părții civile sau ale părții responsabile civilmente, declarațiile martorilor, înscrisuri, rapoarte de expertiză, procese-verbale, fotografii, mijloace materiale de probă, înscrisuri, rapoarte de expertiză sau constatare, procese-verbale, fotografii, mijloace materiale de probă, precum și orice alt mijloc de probă care nu este interzis prin lege. În fine, conform alineatului final al art. 97 din Codul de procedură penală, prin **procedeu probatoriu** se înțelege modalitatea legală de obținere a mijlocului de probă”*¹⁵. Iată că, acum pe lângă definițiile regăsite în doctrină, există și o abordare constituțională la nivel conceptual. Această delimitare, a considerat Curtea ca fiind necesară, deoarece prin această decizie a statuat că nelegalitatea dispunerii sau autorizării actului prin care se solicită supravegherea tehnică a unei persoane, atrage nulitatea probei obținute prin procedeul probator nul.

¹³ C.C.R., Decizia nr. 383 din 27 mai 2015 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 102 alin. (2) și ale art. 342—346 din Codul de procedură penală, par. 21.

¹⁴ C.C.R., Decizia nr. 47 din 16 februarie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 396 alin. (2) din Codul de procedură penală, par. 18.

¹⁵ C.C.R., Decizia nr. 51 din 16 februarie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 142 alin. (1) din Codul de procedură penală, par. 30.

Această decizie a fost una revoluționară cu privire la interceptarea persoanelor urmărite penal, deoarece prin constatarea neconstituționalității sintagmei „*ori de alte organe specializate ale statului*”, Curtea a interzis oricăror alte organe în afara de cele de urmărire penală să pună în executare supravegherea tehnică a persoanei. S-a stopat cu această ocazie practica de până atunci, potrivit căreia mandatele de supraveghere tehnică erau puse în executare de către organele Serviciului Român de Informații.

Ca o consecință a deciziei Curții Constituționale privind excluderea probelor în procesul penal a urmat decizia nr. 22/2018 a Curții, prin care se prevede soarta probelor în procesul penal, adică înlăturarea acestora de la dosarul cauzei. Prin această decizie Curtea a reținut că „*excluderea juridică a probelor obținute în mod nelegal în procesul penal, în lipsa înlăturării lor fizice din dosarele penale constituite la nivelul instanțelor, este insuficientă pentru o garantare efectivă a prezumției de nevinovăție a inculpatului și a dreptului la un proces echitabil al acestuia*”¹⁶. Cu acest prilej, instanța de contencios constituțional a semnalat faptul că instituția excluderii probei ar fi fără efect fără excluderea fizică a mijlocului de probă de la dosarul cauzei. Această decizie creează numeroase controverse privind finalitatea urmărită de legiuitor, raportat la competența judecătorului, în actuala legislație procesual penală. Așa cum am arătat și cu altă ocazie¹⁷, judecătorul de cameră preliminară fiind cel care exclude probele și dispune chiar eliminarea fizică a mijloacelor de la dosar, este cel care va pronunța o soluție de condamnare sau achitare în cauză. Practic, această excludere fizică nu își atinge finalitatea, atâta vreme cât mijloacele de probă sunt văzute și examinate de judecător. Faptul că acestea se exclud de la dosarul cauzei nu presupune și excluderea lor din memoria judecătorului care va pronunța o soluție în cauză. Prin decizia aceasta, Curtea a dorit să alinieze reglementarea cu cele din Austria, Croația sau Slovenia, țări în care este prevăzută excluderea fizică a mijloacelor de probă de la dosarul cauzei.

După această decizie, a urmat o perioadă de acomodare cu *noua legislație*, dacă am putea numi așa legislația incompletă după intervenția Curții Constituționale, perioadă în care practicienii au trebuit să soluționeze cauzele, raportat cu precădere la jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, din cauza lacunelor legislative.

IV. Concluzii

Așa cum am arătat, jurisprudența Curții Constituționale a avut un impact major asupra desfășurării anchetei de urmărire penală și a fazei de judecată, impact translatat chiar asupra legislației în materia administrării probelor în procesul penal.

Se poate constata că aceste intervenții ale Curții Constituționale au apărut pe fondul unor dezbateri doctrinare și a unei practici neunitare, generate chiar de configurația legislației procesual penale prin intrarea în vigoare a Codului de procedură penală.

Așa cum spunea și Alexandru Degré în scrierile sale, *o jurisprudență staționară e un rău tot așa de mare ca o jurisprudență capricioasă*, însă jurisprudența ar trebui să aibă un rol în susținerea și evoluția unor anumite concepte integrate în sistemul de drept, iar deciziile Curții Constituționale ar trebui să vizeze analiza unor norme mai clare, precise și previzibile. Considerăm că, la o perioadă relativ scurtă de timp de la intrarea în vigoare a Codului de procedură penală, reconfigurarea acestora pe care jurisprudențială de către Curtea Constituțională este un semn al calității îndoielnice a legii.

¹⁶ C.C.R., Decizia nr. 22 din 18 ianuarie 2018 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 102 alin. (3), art. 345 alin. (3) și art. 346 alin. (4) din Codul de procedură penală.

¹⁷ A. Șandru, *Scurte considerații cu privire la Decizia CCR nr. 22 din 18 ianuarie 2018*, articol publicat pe www.juridice.ro la data de 28 februarie 2018.

INFLUENȚA JURISPRUDENȚEI ASUPRA CĂILOR EXTRAORDINARE DE ATAC (RECURSUL ÎN CASAȚIE)

The Influence of Jurisprudence on Extraordinary Appeal (Appeal in Cassation)

Versavia BRUTARU*

Rezumat: Căile de atac sunt mijloace prevăzute de lege prin care Statul, prin Ministerul Public, dar și persoanele anume desemnate de lege promovează un control judecătoresc în cadrul căruia se verifică hotărârile judecătorești penale, în vederea desființării acelor hotărâri care conțin erori de fapt și de drept și înlocuirea lor cu hotărâri conforme cu legea și adevărul.

Căile de atac împotriva hotărârilor judecătorești, atât căi ordinare cât și extraordinare, sunt instituite din necesitatea controlării activității desfășurate de instanțele judecătorești. În urma exercitării controlului judiciar se pot înlătura eventualele erori din activitatea de judecată, fie în privința stabilirii faptelor, fie în ce privește aplicarea legii.

Pornind de la definiția lato sensu, o lege procesual penală trebuie să aibă în vedere anumite principii atunci când reglementează sistemul căilor de atac, fie ele ordinare sau extraordinare. Astfel, legea procesual penală trebuie să aibă în vedere principiul necesității (împiedicarea rămânării în vigoare a unei hotărâri nelegale și netemeinice), principiul operativității (hotărârea judecătorească de condamnare să fie pusă în executare cât mai repede, așadar, o durată rezonabilă a procesului penal), principiul autorității de lucru judecat (în esență, acest principiu asigură prestigiul hotărârilor judecătorești definitive sub prezumția legală că sunt conforme cu adevărul și legea). Prea multe căi de atac extraordinare ar atrage în mod inevitabil neîncredere în justiție, incertitudine cu privire la modul în care s-au pronunțat definitiv instanțele judecătorești în cauzele penale. Principiul operativității și cel al autorității de lucru judecat trebuie folosite de legiuitor într-un mod rațional și echilibrat. Durata procesului penal nu se poate scurta în detrimentul unei hotărâri legale și temeinice iar stabilitatea hotărârii judecătorești investite cu autoritate de lucru judecat nu justifică menținerea unei hotărâri cu grave erori de fapt și de drept, chiar dacă este definitivă.

Cuvinte-cheie: recurs, cale de atac, casare, hotărâre judecătorească.

Abstract: Remedies are means provided by the law by which the State, through the Public Ministry, and the persons designated by law promote a judicial control in which criminal judgments are verified in order to abolish those judgments which contain factual and legal errors and replacing them with judgements compliant with law and truth.

Remedies against court decisions, both ordinary and extraordinary, are based on the need to control the work of the courts. Following the exercise of judicial control, possible errors in the judicial process can be avoided, either in terms of establishing the facts or as regards the enforcement of the law.

Starting from the lato sensu definition, a criminal procedural law must take into account certain principles when regulating the appeal system, whether ordinary or extraordinary. Thus, the Criminal Procedural Law must take into account the principle of necessity (preventing the continued validity of an unlawful and ungrounded decision), the principle of operability (the judgment of conviction being enforced as soon as possible, and therefore a reasonable duration of the criminal proceedings), the principle of res judicata (in essence, this principle ensures the prestige of the final judgments under the legal presumption that they are in accordance with the truth and the law). Too many extraordinary remedies would inevitably result in distrust of justice, uncertainty about the way in which the courts have been finally ruled in criminal cases. The principle of operability and res judicata must be used by the legislator in a rational and balanced way. The length of the criminal proceedings can not be shortened to the detriment of a legal and thoroughly decision, the stability of the court judgment invested with res judicata does not justify maintaining a judgment with serious errors of fact and law, even if it is final.

Keywords: appeal, remedy, cassation, court order, penal judgement.

1. Căile de atac sunt mijloace prevăzute de lege prin care Statul, prin Ministerul Public, dar și persoanele anume desemnate de lege promovează un control judecătoresc în cadrul căruia se verifică hotărârile judecătorești penale, în vederea desființării acelor hotărâri care conțin erori de fapt și de drept și înlocuirea lor cu hotărâri conforme cu legea și adevărul.

* Cercetător științific gradul III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română; e-mail: bversavia@gmail.com.

Legea fundamentală, Constituția¹ României, prin art. 129 a consacrat principiul potrivit căruia „împotriva hotărârilor judecătorești, părțile interesate și Ministerul Public pot exercita căile de atac, în condițiile legii”.

2. Căile de atac împotriva hotărârilor judecătorești, atât căi ordinare cât și extraordinare, sunt instituite din necesitatea controlării activității desfășurate de instanțele judecătorești. În urma exercitării controlului judiciar se pot înlătura eventualele erori din activitatea de judecată, fie în privința stabilirii faptelor, fie în ce privește aplicarea legii². Doctrina³ a arătat că o hotărâre judecătorească, cu toate garanțiile înscrise în lege și Constituție, ar putea cuprinde erori de judecată și de soluționare (*prezumție de eroare*⁴) și că în cadrul noii judecăți aceste erori vor fi înlăturate (*prezumția de îndreptare*⁵). Tot doctrina⁶ a atras atenția însă că termenul folosit, cel de „prezumție”, ar putea da o apreciere apriorică negativă activității de judecată, ducând la scăderea prestigiului justiției. În acest context s-a sugerat că folosirea termenului de „posibilitate” ca o hotărâre judecătorească să nu fie legală și temeinică ar fi mai corect și nu ar afecta prestigiul de care ar trebui să se bucure justiția, cazurile de netemeinicie sau nelegalitate fiind de excepție. De aceea căile de atac sunt considerate ca fiind *remedii procesuale*⁷, prin ele putându-se îndrepta eventualele erori cuprinse în hotărârile judecătorești.

3. Căile de atac fac parte din instituțiile fazei de judecată deoarece pot fi îndreptate numai împotriva unor hotărâri pronunțate de instanțele judecătorești. Legiuitorul face o clasificare a căilor de atac, în funcție de caracterul hotărârii atacate și anume: căi ordinare și căi extraordinare de atac. Căile ordinare sunt acelea prin care se atacă hotărâri judecătorești nedefinitive, care nu au dobândit putere de lucru judecat (în reglementarea anterioară, Codul de procedură penală din 1968 căile de atac ordinare apelul și recursul făceau parte din sistemul gradelor de jurisdicție, iar până în anul 1948⁸ atât în legislația română cât și străină era inclusă și *opoziția*⁹, ca și cale ordinară de atac). Căile extraordinare de atac sunt acelea prin care se atacă hotărâri definitive care au intrat în autoritatea de lucru judecat. Codul de procedură penală din 1968 reglementa ca și căi extraordinare de atac: contestația în anulare, revizuirea și recursul în interesul legii, iar până la modificarea din anul 2004, prin legea nr. 576/2004¹⁰, și recursul în anulare.

4. În reglementarea anterioară, începând cu Codul de procedură penală din 1936, recursul a constituit o cale de atac ordinară, și nu extraordinară, determinând verificarea legalității și temeiniciei hotărârii atacate, pentru o serie de motive expres prevăzute de lege¹¹. În noua reglementare însă **recursul în casație** a devenit o **cale extraordinară de atac**, de anulare, dată în **competența exclusivă a Înaltei Curți de Casație și Justiție**. Noul Cod de procedură penală a revenit la sistemul clasic al dublului grad de jurisdicție, constând în fond și apel, astfel că în recurs nu se rejudecă litigiul, respectiv fondul cauzei, ci **se apreciază dacă hotărârea dată corespunde sau nu legii**. Recursul în casație reprezintă, așadar, **un mijloc de a repara ilegalitățile** și nu are drept obiect rezolvarea unei cauze penale, ci sancționarea hotărârilor necorespunzătoare, cu scopul de a asigura respectarea legii, recursul având și **un rol subsidiar în uniformizare a jurisprudenței**. Întrucât recursul în casație nu are ca finalitate remedierea unei greșite aprecieri a faptelor și a unei inexacte sau insuficiente stabiliri a adevărului printr-o urmărire penală incompletă sau o cercetare judecătorească nesatisfăcătoare, instanța de casare nu judecă procesul propriu-zis, ci judecă exclusiv dacă hotărârea atacată este corespunzătoare din punct de vedere al dreptului, adică dacă aceasta este conformă cu regulile de drept aplicabile.

Recursul în casație este de competență exclusivă a Înaltei Curți de Casație și Justiție, prin el urmărindu-se asigurarea unei practici unitare. Spre deosebire de contestația în anulare, care vizează îndreptarea erorilor de procedură, sau de revizuire, cale de atac de fapt, urmărind îndreptarea erorilor de judecată, recursul în casație are ca scop verificarea conformității hotărârii atacate cu regulile de drept aplicabile, scopul său fiind acela de a îndrepta erorile de drept comise de curțile de apel ca instanțe de apel, prin raportare la cazurile de casare expres și limitativ prevăzute de lege.

¹ Constituția României, adoptată în 1991, republicată în M. Of. nr. 767/31 octombrie 2003.

² Anca Lelia Lorincz, *Recursul în casație în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 7.

³ V. Dongoroz, *Curs de procedură penală*. Litografiat, București, 1943, p. 316, Traian Pop, *Drept procesual penal*, vol. IV, Cluj, 1948, p. 339.

⁴ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 1.

⁵ V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 316.

⁶ Grigore Gr. Theodoru, *op. cit.*, p. 2.

⁷ *Idem*, p. 2.

⁸ Legea nr. 345/1947 de modificare a Codului de procedură penală, publicată în M. Of. nr. 299 bis din 29 decembrie 1947, prin care sunt desființate opoziția și apelul, singura cale de atac ordinară rămânând recursul, transformat cale de atac atât de fapt, cât și de drept.

⁹ Opoziția este calea de atac prin care o parte din proces solicită instanței care a judecat-o în lipsă să anuleze hotărârea pronunțată, în vederea rejudecării cauzei în prezența sa. Principiile care stau la baza acestei căi ordinare de atac sunt principiul contradictorialității judecății și principiul dreptului la apărare, C. Rătescu, N. Pavelescu, *Codul de procedură penală*, Adnotat, Tipografia și Legătoria Penitenciarului Corecțional „Văcărești”, București, 1930, p. 465-475.

¹⁰ M. Of. nr. 1223 din 20 decembrie 2004.

¹¹ N. Volonciu (coord.), *Noul Cod de Procedură Penală*, (comentat), Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 1116.

5. Așadar, motivele de recurs, potrivit noii reglementări, se limitează doar la cele prevăzute în art. 438 C. pr. pen. și anume, nerespectarea dispozițiilor privind competența după materie sau după calitatea persoanei, atunci când judecata a fost efectuată de o instanță inferioară celei legal competente; condamnarea inculpatului pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală; încetarea, în mod greșit, a procesului penal; lipsa constatării sau constatarea greșită a grațierii pedepsei aplicate inculpatului; aplicarea de pedepse în alte limite decât cele prevăzute de lege. Nu se mai prevede, distinct, că se poate declara o cale de atac: când nu sunt întrunite elementele constitutive ale unei infracțiuni sau când instanța a pronunțat o hotărâre de condamnare pentru altă faptă decât cea pentru care condamnatul a fost trimis în judecată; când hotărârea este contrară legii sau când prin hotărâre s-a făcut o greșită aplicare a legii. Celelalte motive de netemeinicie sau nelegalitate, care nu sunt prevăzute de lege drept cazuri de declarare a căilor extraordinare de atac, pot fi invocate doar prin intermediul căilor ordinare de atac, acestea fiind, potrivit noilor dispoziții, apelul și contestația.

6. Așa cum am menționat anterior, recursul în casație reprezintă **un mijloc de a repara ilegalitățile** și nu are drept obiect rezolvarea unei cauze penale, ci sancționarea hotărârilor necorespunzătoare, cu scopul de a asigura respectarea legii, recursul având și **un rol subsidiar în uniformizare a jurisprudenței**.

a) *Situații tranzitorii*

Apariția noii reglementări, cea a căilor extraordinare de atac, a impus adoptarea, de către legiuitor, a Legii nr. 255/2013 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 135/2010 privind C. pr. pen. și pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții procesual penale. În cap. II al acestei legi au fost prevăzute Dispoziții privind situații tranzitorii. Art. 11 din Legea nr. 255/2013 prevede la alin. (1) că deciziile pronunțate în apel înainte de intrarea în vigoare a C. pr. pen. cu privire la care termenul de declarare a căii ordinare de atac prevăzute de legea anterioară nu expirase la data intrării în vigoare a legii noi sunt supuse recursului în casație. Art. 12 din Legea nr. 255/2013 prevede la alin. (1) că recursurile în curs de judecată la data intrării în vigoare a legii noi, declarate împotriva hotărârilor care au fost supuse apelului potrivit legii vechi, rămân în competența aceleiași instanțe și se judecă potrivit dispozițiilor legii vechi privitoare la recurs. Într-o speță, fost pronunțată o sentință penală la data de 17 noiembrie 2014 de către Tribunalul București, sentință modificată ulterior de Curtea de Apel București. În acest caz, s-a constatat că, raportat la data intrării în vigoare a C. pr. pen., 01 februarie 2014, nu ne aflăm în cazurile tranzitorii prevăzute de Legea nr. 255/2013, cauza intrând sub incidența noului Cod de procedură penală, acesta fiind de imediată aplicare.

Astfel, C. pr. pen. prevede numai instituția recursului în casație, cale extraordinară de atac ce poate fi declarată împotriva deciziilor definitive pronunțate de curțile de apel, ca instanțe de apel, cu excepția deciziilor prin care s-a dispus rejudecarea cauzelor.

Înalta Curte a reținut că recursul în casație este conceput ca o cale extraordinară de atac în care părțile își pot apăra drepturile lor, înlăturând efectele hotărârilor definitive pronunțate în condițiile celor cinci cazuri de nelegalitate prevăzute în art. 438 C. pr. pen. și nu presupune examinarea cauzei sub toate aspectele, ci numai controlul legalității hotărârii atacate, respectiv al concordanței acesteia cu dispozițiile legii material și procesuale atacate. Instanța a mai constatat că, deși în prezenta cauză inculpatul a declarat recurs împotriva deciziei penale pronunțată de Curtea de Apel București, susținând că recursul este calea legală de atac împotriva deciziei atacate, inculpatul a declarat **și recurs în casație** împotriva aceleiași hotărâri. În acest sens, având în vedere inexistența instituției recursului conform noilor dispoziții procesual penale, Înalta Curte constată că recursul formulat de inculpat împotriva Deciziei penale din 11 decembrie 2015 a Curții de Apel București, este inadmisibil.

O hotărâre judecătorească nu poate fi atacată pe alte căi decât cele expres prevăzute de lege sau, cu alte cuvinte, căile de atac ale hotărârilor judecătorești nu pot exista în afara legii. Regula are valoare de principiu constituțional, dispozițiile art. 129 din Constituție prevăzând că mijloacele procesuale de atac a hotărârii judecătorești sunt cele prevăzute de lege, iar exercitarea acestora se realizează în condițiile legii.

Recunoașterea unei căi de atac în alte situații decât cele prevăzute de legea procesuală constituie o încălcare a principiului legalității acesteia, precum și al principiului constituțional al egalității în fața legii și autorităților și din acest motiv, apare ca o situație inadmisibilă în ordinea de drept.

Normele procesuale privind sesizarea instanțelor judecătorești și soluționarea cererilor în limitele competenței atribuite prin lege sunt de ordine publică, corespunzător principiului stabilit prin art. 126 din Constituția României.

De asemenea, inadmisibilitatea reprezintă o sancțiune procedurală care intervine atunci când părțile implicate în proces efectuează un act pe care legea nu îl prevede sau îl exclude, precum și în situația când se încearcă exercitarea unui drept epuizat pe o altă cale procesuală ori chiar printr-un act neprocesual.

Având în vedere faptul că a fost formulată o cale de atac nerecunoscută de legea procesual penală, Înalta Curte, va respinge, ca inadmisibil, recursul astfel formulat.

b) Decizii ale Curții Constituționale

1. Decizia CCR nr. 651/2017¹². Imposibilitatea atacării cu recurs în casație a soluțiilor pronunțate ca urmare a aplicării procedurii privind recunoașterea învinuirii. Neconstituționalitate.

Potrivit dispozițiilor art. 434 alin. (2) lit. f) C. pr. pen., nu pot fi atacate cu recurs în casație soluțiile pronunțate ca urmare a aplicării procedurii privind recunoașterea învinuirii. Este de remarcat faptul că, spre deosebire de prevederile art. 434 alin. (2) lit. a)-d) și g), unde se prevede expres că **nu pot fi atacate cu recurs în casație hotărârile** instanțelor, în cazul art. 434 alin. (2) lit. f) C. pr. pen. se specifică expres faptul că urmare a aplicării procedurii privind recunoașterea învinuirii **nu pot fi atacate cu recurs în casație soluțiile** pronunțate de instanță. În cazul procedurii privind recunoașterea învinuirii, faptele fiind recunoscute de către inculpat așa cum au fost descrise în actul de sesizare, legiuitorul a considerat firesc să nu mai poată fi supusă recursului în casație soluția instanței de condamnare a inculpatului, urmare a recunoașterii faptelor. În schimb, poate fi supusă recursului în casație hotărârea instanței dată în această procedură, dacă această hotărâre a fost dată cu încălcarea prevederilor legale. Dacă am interpreta altfel prevederile legale s-ar aduce atingere dispozițiilor art. 1 alin. (5), art. 16, art. 21, art. 24 și art. 53 din Constituția României, întrucât **s-ar restrânge fără o justificare obiectivă și proporțională dreptul inculpatului de a avea un proces echitabil** în care soluția dispusă în procedura recunoașterii învinuirii, deși evident nelegală, să nu poată fi reformată de către instanța ierarhic superioară, în acord cu prevederile codului penal, ale codului de procedură penală și ale Constituției României.

În această privință, opinia ÎCCJ a fost aceea că excepția de neconstituționalitate este neîntemeiată. Curtea, a arătat că hotărârile judecătorești pronunțate în primă instanță în procedura recunoașterii învinuirii sunt supuse căii de atac ordinare a apelului, cale de atac ce poate fi exercitată inclusiv de către părțile civile, potrivit prevederilor art. 409 alin. (1) lit. c) C. pr. pen. Apelul astfel declarat este o cale de atac integral devolutivă, care, împreună cu judecata în fond a cauzei, asigură exigența dublului grad de jurisdicție în materie penală, atât în privința inculpatului, cât și pentru părțile civile. Recursul în casație este, în schimb, o cale extraordinară de atac, ce poate fi exercitată în cazuri limitativ prevăzute de lege și numai pentru motive de nelegalitate, nu și pentru chestiuni de fapt, motive care, fie nu au fost invocate în apel, fie au fost invocate, dar au fost respinse ori instanța a omis să se pronunțe asupra lor.

De altfel, în jurisprudența sa recentă, Curtea Constituțională a subliniat că dispozițiile art. 434 alin. (2) lit. f) C. pr. pen., privind excluderea unei categorii de hotărâri din sfera celor ce pot fi atacate cu recurs în casație, reprezintă „*opțiunea legiuitorului, în acord cu politica penală a statului*”, și, totodată, fac aplicarea în domeniul legii procesual penale a prevederilor constituționale ale art. 129, care se referă la „condițiile legii” în ceea ce privește căile de atac¹³. Interdicția îngrădirii exercitării dreptului de acces la justiție, instituită de prevederile art. 21 alin. (2) din Legea fundamentală, nu presupune posibilitatea juridică a părților de a avea acces necondiționat la toate structurile judecătorești și la toate căile de atac în toate categoriile de cauze, întrucât atât competența instanțelor judecătorești, cât și procedura de judecată sunt stabilite, în mod exclusiv, de legiuitor, care poate impune reguli de procedură distincte, în considerarea unor situații diferite. O astfel de diferențiere există și între categoria părților implicate în procedura penală abreviată, reglementată de dispozițiile art. 375 alin. (1) și (2) C. pr. pen., și cea a părților implicate în procedura obișnuită, în care inculpații nu au formulat sau, după caz, instanța nu a admis cererile acestora de judecare doar în baza probelor administrate în faza de urmărire penală. În cauzele în care cererea inculpatului de judecare pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală a fost admisă, iar procedura simplificată a fost parcursă integral, specificul apărărilor este limitat, spre deosebire de situația inculpaților pentru care s-a efectuat cercetarea judecătorească, distincție ce justifică, în mod obiectiv, impunerea unor condiții diferite de exercitare a căilor extraordinare de atac. Se mai arată că, în cadrul căii ordinare de atac a apelului exercitat împotriva unei hotărâri pronunțate în procedura simplificată, inculpatului i se asigură posibilitatea de a cere și obține restabilirea legalității prin desființarea hotărârii nelegale. De asemenea, se garantează existența remediei în cazul încălcării legii, conferindu-i atât procurorului pârghiile necesare exercitării rolului său specific în cadrul procesului penal, cât și inculpatului dreptul de a-și apăra interesele legitime. În ceea ce privește apărările ce pot fi formulate de către părțile civile în cauzele soluționate potrivit procedurii obișnuite, acestea au o sferă largă, în condițiile în care, deseori, erorile de drept survenite în soluționarea laturii civile derivă sau pot avea o strânsă legătură cu însuși modul de soluționare a laturii penale, legătură ce justifică recunoașterea dreptului părților civile de a exercita, în condițiile legii, calea extraordinară de atac a recursului în casație.

Prin contrast, în cauzele în care cererea inculpatului de judecare pe baza probelor administrate în faza de urmărire penală a fost admisă, iar procedura simplificată a fost parcursă integral, specificul apărărilor ce ar putea fi formulate de către părțile civile este limitat, în principiu, la chestiuni de temeinicie, care excedează scopului recursului în casație, astfel cum este reglementat de dispozițiile art. 433 C. pr. pen. Cât timp părțile din procesul penal soluționate prin aplicarea procedurii simplificate au beneficiat de garanțiile recunoscute de prevederile art. 21 alin. (1) din Constituție și ale art. 6 paragraful 1 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, atât pe parcursul judecății în primă instanță, cât și în faza apelului, dispozițiile de lege criticate nu contravin

¹² Publicată în M. Of. nr. 1000 din 18.12.2017.

¹³ Decizia nr. 525 din 7 iulie 2015; Decizia nr. 879 din 15 decembrie 2015.

exigențelor constituționale ori jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului. Ținând cont de faptul că această categorie de părți se află într-o situație distinctă de cea a inculpaților implicați în proceduri în care a fost efectuată cercetarea judecătorească, o atare diferență legitimează impunerea de către legiuitor a unor condiții diferite de exercitare a căii extraordinare de atac, fără a genera discriminare, în înțelesul prevederilor art. 16 alin. (1) din Legea fundamentală.

Se apreciază că aceste considerente sunt pertinente nu doar prin raportare la prevederile art. 434 alin. (2) lit. f) C. pr. pen., ci și în ceea ce privește dispozițiile art. 439 alin. (41) din același cod, text de lege criticat doar sub aspectul tezei privind procedura de restituire, pe cale administrativă, a cererilor de recurs în casație îndreptate împotriva unor hotărâri pronunțate ca urmare a aplicării procedurii privind recunoașterea învinuirii. Stabilirea tipului de hotărâre atacată cu recurs în casație și a măsurii în care ea se circumscrie vreuneia dintre situațiile prevăzute de dispozițiile art. 434 alin. (2) C. pr. pen. implică o verificare pur formală a obiectului cererii de recurs. Efectuarea acestei verificări formale de către instanța care a pronunțat decizia atacată și instituirea posibilității de a dispune, pe cale administrativă, restituirea cererii, nu îngrădește dreptul părților de acces la justiție, având în vedere faptul că exercitarea acestui drept presupune respectarea cerințelor impuse de legiuitor, iar nu un acces nelimitat la toate căile de atac.

În raport de criticile aduse textului din Codul de procedură penală, Curtea, admitând excepția de neconstituționalitate, a constatat următoarele:

a) într-o cauză soluționată definitiv potrivit procedurii accelerate, ar rămâne nesanctionate aspecte precum nerespectarea, în cursul judecății, a dispozițiilor privind competența după materie sau după calitatea persoanei, atunci când judecata a fost efectuată de o instanță inferioară celei legal competente, condamnarea inculpatului pentru o faptă care nu este prevăzută de legea penală, greșita încetare a procesului penal, neconstatarea grațierii pedepsei sau greșita constatare a acesteia, aplicarea pedepselor în alte limite decât cele prevăzute de lege;

b) excluderea posibilității atacării cu recurs în casație a soluțiilor pronunțate ca urmare a aplicării procedurii privind recunoașterea învinuirii creează discriminare atât pentru inculpat, cât și pentru partea civilă și partea responsabilă civilmente, față de părțile din cauzele penale soluționate potrivit procedurii de drept comun, fără a exista o justificare obiectivă și rezonabilă, ceea ce atrage încălcarea prevederilor art. 16 din Constituție referitor la egalitatea în drepturi;

c) soluțiile pronunțate în procedura recunoașterii învinuirii au, sub aspectul posibilității de a fi atacate cu recurs în casație, un regim juridic diferit de cel al hotărârilor penale definitive pronunțate în procedura obișnuită, în sensul că primele nu pot fi atacate cu recurs în casație, în timp ce împotriva celor din urmă poate fi exercitată această cale extraordinară de atac;

d) se creează o vădită inegalitate de tratament sub aspectul recunoașterii liberului acces la justiție, în componenta sa referitoare la dreptul la un proces echitabil;

e) lipsesc procurorul de pârghiile necesare exercitării rolului său specific în cadrul procesului penal;

2. Decizia nr. 540 din 12 iulie 2016 referitoare la excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor art. 434 alin. (1) teza întâi din Codul de procedură penală¹⁴.

Obiectul excepției de neconstituționalitate îl constituie dispozițiile art. 434 alin. (1) teza întâi din Codul de procedură penală, având următorul cuprins: „*Pot fi atacate cu recurs în casație deciziile pronunțate de curțile de apel, ca instanțe de apel, [...]*”.

Potrivit opiniei Înaltei Curți de Casație și Justiție, se apreciază că, raportat la jurisprudența constantă și neechivocă a Curții Constituționale în materia criticilor ce au vizat încălcarea, prin modul în care sunt reglementate căile de atac, a egalității în fața legii, a accesului liber la justiție și a dreptului la un proces echitabil, precum și a dreptului la un recurs efectiv, excepția de neconstituționalitate este neîntemeiată. În acest sens, se arată că limitarea sferei hotărârilor împotriva cărora se poate exercita recursul în casație nu vine în contradicție cu dispozițiile constituționale și convenționale invocate de autorul excepției. Astfel, potrivit art. 434 alin. (1) C. pr. pen., pot fi atacate cu recurs în casație deciziile pronunțate de curțile de apel, ca instanțe de apel, cu excepția deciziilor prin care s-a dispus rejudecarea cauzelor. În scopul de a răspunde cerințelor jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului și de a se conforma prevederilor Convenției pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale cu privire la asigurarea celerității procesului penal prin desfășurarea acestuia într-un termen rezonabil, legiuitorul român a reconfigurat sistemul căilor de atac, reducând numărul gradelor de jurisdicție. În acest context, noua legislație procesual penală prevede o singură cale de atac ordinară, și anume apelul, recursul devenind o cale extraordinară de atac, sub denumirea de „recurs în casație”, ce poate fi exercitată doar în cazuri excepționale, anume prevăzute de lege, și numai pentru motive de nelegalitate, așa cum reiese și din expunerea de motive la proiectul noului Cod de procedură penală. Recursul în casație urmărește asigurarea unei practici unitare la nivelul întregii țări. Prin intermediul acestei căi extraordinare de atac, de competența Înaltei Curți de Casație și Justiție, este analizată conformitatea unor hotărâri definitive cu regulile de drept, prin raportare la cazurile de casare expres și limitativ prevăzute de lege. În

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 841 din 24.10.2016.

Codul de procedură penală sunt prevăzute expres hotărârile ce pot fi atacate pe calea recursului în casație, precum și cele care nu sunt supuse acestei căi extraordinare de atac. Față de specificul acesteia, legea impune condiții stricte cu privire la termenul de declarare, la cuprinsul cererii de recurs în casație și la titularii căii de atac, în scopul asigurării unei rigori și discipline procesuale și al evitării introducerii, în mod abuziv, a unor recursuri care nu se încadrează în motivele prevăzute de lege.

Cazurile în care se poate exercita recursul în casație vizează exclusiv legalitatea hotărârii, iar nu chestiuni de fapt, putând constitui temei al casării hotărârii doar dacă nu au fost invocate pe calea apelului sau în cursul judecării apelului ori dacă, deși au fost invocate, au fost respinse sau instanța a omis să se pronunțe asupra lor. De asemenea, este limitată și sfera titularilor căii de atac și a motivelor de recurs în casație doar la anumite aspecte de nelegalitate, urmărindu-se crearea unui cadru corespunzător pentru ca instanța supremă să își îndeplinească rolul în interpretarea și aplicarea unitară a legii. Recursul în casație vizează, așadar, exclusiv legalitatea hotărârilor definitive. Necesitatea ca hotărârile penale definitive, dar contrare legii, să fie îndreptate trebuie însă conciliată cu autoritatea de lucru judecat, respectiv cu siguranța și stabilitatea circuitului juridic. Astfel, siguranța raporturilor juridice reglementate prin hotărâri judecătorești definitive impune, cu privire la exercitarea unei căi de atac, atât o limitare în timp, în ceea ce privește termenul de declarare, cât și din perspectiva interesului procesual, sub aspectul persoanelor care pot formula respectiva cale de atac, și a cazurilor ce pot fi invocate.

Constatarea neconstituționalității unui text de lege pentru considerente ce țin de încălcarea egalității în fața legii, a accesului liber la justiție, a actelor internaționale la care România este parte, a dreptului la un proces echitabil și a dreptului la un recurs efectiv ar presupune fie că părților nu li se recunoaște un grad de jurisdicție în condițiile impuse de tratatele internaționale, fie că, pentru persoane aflate în aceeași situație, se prevăd condiții diferite de declarare și examinare a căii de atac, fie că textele invocate limitează dreptul la apărare.

Principiul egalității în drepturi nu presupune uniformitate, ci stabilește ca la situații egale să corespundă un tratament egal, iar pentru situații diferite să existe un tratament diferit. Altfel spus, principiul egalității nu se opune ca o lege să stabilească reguli diferite pentru persoane care se află în situații diferite. Liberul acces la justiție, consacrat de art. 21 din Constituție, semnifică faptul că orice persoană poate sesiza instanțele judecătorești în cazul în care consideră că drepturile, libertățile sau interesele sale legitime au fost încălcate, iar nu faptul că acest acces nu poate fi supus niciunei condiționări, competența de a stabili regulile de desfășurare a procesului în fața instanțelor judecătorești revenind legiuiitorului.

În opinia Curții, prin dispozițiile art. 434 alin. (1) teza întâi C. pr. pen., legiuiitorul nu a intenționat să îngreiească accesul liber la justiție și nici dreptul la un recurs efectiv, fiind vorba de o cale de atac ce poate fi exercitată numai împotriva unor hotărâri definitive, după parcurgerea etapei judecătii în primă instanță și în apel.

Potrivit opiniei Curții Constituționale, scopul recursului în casație, acela de a asigura posibilitatea îndreptării erorilor de drept comise la soluționarea apelului, prin raportare la cazurile de casare expres și limitativ prevăzute de lege, și rolul procurorului în cadrul procesului penal în calitate de titular al dreptului de a formula cerere de recurs în casație, Curtea a constatat că exigențele dreptului la un proces echitabil impun asigurarea verificării pe calea recursului în casație, și la inițiativa procurorului în calitate de titular al acestei căi extraordinare de atac, a legalității deciziilor pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție ca instanță de apel, cu excepția deciziilor prin care s-a dispus rejudecarea cauzelor. *Având în vedere cele mai sus arătate, Curtea a constatat că dispozițiile art. 434 alin. (1) teza întâi C. pr. pen., care exclud deciziile pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție ca instanță de apel, decizii prin care s-a soluționat fondul cauzelor, de la exercitarea controlului judiciar prin intermediul căii extraordinare de atac a recursului în casație, încalcă prevederile constituționale ale art. 16 referitor la egalitatea în drepturi și ale art. 21 privind accesul liber la justiție și dreptul la un proces echitabil.* În cazul în care legea, norma de procedură penală și/sau norma de drept penal substanțial, este încălcată, trebuie să se asigure atât procurorului, cât și părții interesate posibilitatea de a cere și obține restabilirea legalității prin casarea hotărârii nelegale. Or, dispozițiile de lege criticate nu asigură existența remediului pentru cazul încălcării legii și creează un vid de reglementare în ceea ce privește desființarea deciziilor nelegale pronunțate de Înalta Curte de Casație și Justiție ca instanță de apel, decizii prin care s-a soluționat fondul cauzelor, lipsind, pe de o parte, procurorul de pârghiile necesare exercitării rolului său specific în cadrul procesului penal, iar, pe de altă parte, părțile de posibilitatea apărării drepturilor, a libertăților și a intereselor lor legitime.

3. Decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție

Recurs în casație. Cazul prevăzut în art. 438 alin. (1) pct. 7 C. pr. pen. Abuz în serviciu. Decizia Curții Constituționale nr. 405/2016¹⁵.

Prin decizia de mai sus, Curtea Constituțională a admis, excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 246 C. pen. din 1969 și ale art. 297 alin. (1) din Codul penal în vigoare sunt constituționale în măsura în care prin sintagma „îndeplinește în mod defectuos” din cuprinsul acestora se înțelege „îndeplinește prin încălcarea legii”.

¹⁵ M. Of. nr. 517 din 8 iulie 2016.

Astfel, în doctrină¹⁶ s-a arătat că sintagma „îndeplinește în mod defectuos”, folosită în legislația noastră penală, pentru definirea infracțiunii de abuz în serviciu, a fost „opera” exclusivă, sui-generis a legiuitorului socialist român din 1969. Introducerea sintagmei „îndeplinește în mod defectuos”, în definirea infracțiunii de abuz în serviciu în art. 246 C. pen. din 1969 și art. 297 alin. 1 C. pen. în vigoare, a constituit un regres legislativ în raport de reglementarea făcută de același legiuitor prin Decretele nr. 192/1950 și nr. 202/1953 în care s-a utilizat o sintagmă mult mai potrivită, respectiv „**impuse prin dispozițiile legale**”¹⁷.

Față de înțelesul cuvântului „defectuos”, din sintagma „îndeplinește în mod defectuos”, este evident caracterul de generalitate și imprecizie al acestuia, încălcându-se principiul incriminării și pedepsei (*nulum crimen, nula poena sine lege*), potrivit căruia „legea trebuie să definească în mod clar infracțiunile și pedepsele”.

Curtea Constituțională a criticat legiuitorul pentru modul defectuos de redactare a art. 246 C. pen. din 1969 și art. 297 alin. 1 C. pen. în vigoare, reținând că „*Având în vedere specificul dreptului penal, Curtea apreciază că, deși propriu folosirii în alte domenii, termenul „defectuos” nu poate fi privit ca un termen adecvat folosirii în domeniul penal, cu atât mai mult cu cât legiuitorul nu a circumscris acest element al conținutului constitutiv al infracțiunii de abuz în serviciu de îndeplinirea anumitor criterii. Cu alte cuvinte, legiuitorul, nu a operat o circumstanțiere expresă în sensul precizării elementelor față de care defectuositatea trebuie analizată*”.

Recursul în casație întemeiat pe dispozițiile art. 438 alin. (1) pct. 7 C. pr. pen. constituie un mijloc procesual prin care poate fi invocată dezincriminarea, ca efect al unei decizii a Curții Constituționale de admitere a excepției de neconstituționalitate privind norma de incriminare, cu respectarea condițiilor privind termenul de exercitare a recursului în casație.

În consecință, incidența deciziei Curții Constituționale nr. 405/2016 – în sensul verificării existenței ori a inexistenței încălcării unei legi, ordonanțe sau ordonanțe de urgență – poate fi examinată pe calea recursului în casație, în baza dispozițiilor art. 438 alin. (1) pct. 7 C. pr. pen., cu respectarea condițiilor privind termenul de exercitare a căii extraordinare de atac¹⁸.

În hotărârea prealabilă nr. 6/2017 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție s-a arătat că efectele unei decizii a Curții Constituționale **sunt echivalente abrogării textului de incriminare, inclusiv dezincriminării**. Totodată, decizia menționată arată că atunci când fapta anterioară a fost dezincriminată, trăsătura tipicității nu este întrunită indiferent dacă dezincriminarea a operat ca efect al abrogării normei sau ca efect al admiterii excepției de neconstituționalitate și al constatării neconstituționalității normei (în același sens este și decizia nr. 18/2016 a Completului pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în materie penală al Înaltei Curți de Casație și Justiție¹⁹). Constatarea neconstituționalității unei norme de incriminare, având ca efect dezincriminarea, „*poate privi norma în integralitatea sa ori numai anumite variante de incriminare*, (prin constatarea neconstituționalității unor teze ale normei de incriminare sau a unor sintagme din norma de incriminare care determină existența unor variante de incriminare). În această ipoteză, constatarea neconstituționalității are ca efect dezincriminarea acelei variante vizate de decizia instanței de contencios constituțional, iar nu a tuturor variantelor prevăzute în norma de incriminare”²⁰.

În ceea ce privește recursul în casație, pe de o parte, există condiționarea termenului în care acesta se formulează, iar pe de altă parte, prin comparație cu prevederile art. 595 C. pr. pen., apare că momentul la care intervine legea de dezincriminare care este situat fie înainte de pronunțarea hotărârii definitive, fie cel târziu până la expirarea termenului de declarare a acestei căi de atac. În consecință, pot fi valorificate doar acele legi de dezincriminare (*mutatis mutandis* și cazul unei decizii a Curții Constituționale prin care norma de incriminare este declarată neconstituțională) care intră în vigoare cel târziu până la expirarea termenului de declarare a recursului în casație. Incidența art. 4 C. pen. referitor la aplicarea legii penale de dezincriminare a fost invocată pe calea recursului în casație și poate fi evaluată în acest stadiu procesual. Raportând considerentele teoretice anterior reliefate la speța de față, Înalta Curte de Casație și Justiție constată că aspectele invocate de apărare nu sunt incidente în cauză, inculpații fiind condamnați pentru săvârșirea infracțiunii de abuz în serviciu în forma încălcării **legislației primare**. Ca urmare, recursul în casație, în această cauză va fi respins ca nefondat.

¹⁶ Gh. Dobrican, *Infracțiunea de abuz în serviciu în lumina Deciziei Curții Constituționale nr. 405/2016*, studiu publicat la adresa: [www.revista.universuljuridic.ro](http://revista.universuljuridic.ro);

<http://revista.universuljuridic.ro/infracțiunea-de-abuz-serviciu-lumina-deciziei-curtii-constitutionale-nr-4052016/#f6>

¹⁷ *Idem*, p. 1.

¹⁸ I.C.C.J., Secția penală, decizia nr. 179/RC din 26 aprilie 2017, www.scj.ro.

¹⁹ www.scj.ro.

²⁰ Decizia nr. 110/A din 4 aprilie 2017, Înalta Curte de Casație și Justiție, Secția penală, www.scj.ro.

SOLUȚIILE PRONUNȚATE DE INSTANȚA DE JUDECATĂ SESIZATĂ CU ACORD DE RECUNOAȘTERE A VINOVĂȚIEI

Solutions Given by The Court Referred With a Guilty Plea Agreement

Ioana STOENAC-CÎRSTEA*, Ciprian-Mihai STOENAC**

Rezumat: *Articolul examinează succint principalele soluții pe care le poate pronunța instanța de judecată (atât cu ocazia judecării fondului cauzei cât și cu ocazia soluționării apelului) sesizată cu un acord de recunoaștere a vinovăției, prezentând lapidar aspectele nereglementate cu care pot fi confruntate instanțele de judecată în această procedură.*

O dată cu încheierea unui acord de recunoaștere a vinovăției, inculpatul renunță la dreptul de a fi judecat în cadrul unui proces judiciar comun și se privează de o serie de drepturi. Raportat la aceste aspecte, inculpatul va trebuie să cântărească energic dacă este cazul să inițieze o astfel de procedură, urmând să procedeze în consecință doar dacă va avea anumite beneficii și va înțelege pe deplin consecințele urmării unei astfel de proceduri.

Cuvinte-cheie: *acord de recunoaștere a vinovăției, inculpat, procedură de judecată, instanță de apel, soluții pronunțate de instanță.*

Abstract: *The article briefly examines the main solutions that the courts can decide (both on the merits of the case and on the appeal) in the procedure of a plea bargaining, uncluttering the unregulated issues with which the courts may face in this procedure.*

With the conclusion of a plea bargaining agreement, the defendant forgoes the right to be tried in a joint judicial process and deprives himself of a series of rights. Regarding these issues, the defendant will have to weigh vigorously if necessary to initiate such a procedure, and will proceed as described only if it has certain benefits and will fully understand the consequences of a such procedure.

Keywords: *plea bargaining agreement, the defendant, trial procedure, court of appeal, court solutions.*

În cazul încheierii unui acord de recunoaștere a vinovăției, actul de sesizare a instanței este însuși acordul de recunoaștere a vinovăției, ca excepție de la regula sesizării instanței de judecată prin rechizitoriu.

După înregistrarea actului de sesizare a instanței de judecată se procedează la fixarea primului termen de judecată, conform procedurii generale, având în vedere că această procedură simplificată nu parcurge etapa camerei preliminare. Acest aspect nu împiedică instanța să procedeze la verificarea competenței, a legalității sesizării, a legalității administrării probelor și a celorlalte acte de urmărire penală.

Considerăm că, în absența unor dispoziții legale speciale referitoare la această procedură, art. 281 alin. 1 C. pr. pen. care sancționează cu nulitatea absolută încălcarea competenței materiale și personale și art. 102 C. pr. pen. potrivit căruia probele care nu au fost obținute în mod legal urmează a fi excluse, rămân aplicabile¹.

Pentru a pune în acord prevederile art. 329 alin. 2 C. pr. pen. cu deciziile Curții Constituționale nr. 641/11 noiembrie 2014 și nr. 235/7 aprilie 2015, considerăm se impune ca la momentul sesizării instanței, acordul de recunoaștere a vinovăției să fie însoțit de un număr necesar de copii certificate pentru a fi comunicate persoanei vătămate. Astfel, având în vedere că în situația sesizării instanței cu rechizitoriu, acestor subiecți procesuali li se comunică rechizitoriul în copii certificate, apreciem, pentru identitate de rațiune, că se impune ca acordul de recunoaștere a vinovăției-act de sesizare a instanței să fie comunicat și persoanei vătămate.

Cu privire la competență, procurorul va sesiza instanța competentă material și personal raportat la fapta și persoana care fac obiectul acordului, indiferent de restul infracțiunilor care fac obiectul cauzei². Spre exemplu, dacă inculpatul B este cercetat pentru o infracțiune de furt și una de omor și dorește să încheie un acord de recunoaștere a vinovăției pentru infracțiunea de furt atunci procurorul va sesiza judecătoria ca fiind instanța competentă material să soluționeze cauza, iar dacă acordul de recunoaștere a vinovăției privește ambele infracțiuni atunci instanța competentă material va fi tribunalul³.

În situația în care inculpatul și partea civilă vătămată au încheiat un acord de mediere sau o tranzacție, acestea vor fi atașate acordului de recunoaștere a vinovăției pentru a se lua act de ele.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice "Acad. Andrei Rădulescu" al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); Judecător, Curtea de Apel Ploiești; e-mail: carstea_ioana@yahoo.com

** Avocat, Cabinet individual Ciprian-Mihai STOENAC, Baroul Prahova; e-mail: avocatstoenac@yahoo.com.

¹ Dec ICCJ (Complet DCD/P-sesizare respinsă) nr. 17/2015, publicată în M. Of. nr. 489/3 iulie 2015.

² Iugan A. V., *Acordul de recunoaștere a vinovăției*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 118.

³ M. Iordache, *Judecata în cazul recunoașterii învinuirii*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 40.

Asupra acordului de recunoaștere a vinovăției, instanța poate pronunța una dintre următoarele soluții:

a) admiterea acordului și condamnarea inculpatului, renunțarea la aplicarea pedepsei sau amânarea aplicării pedepsei;

Analizând dispozițiile art. 485 C. pr. pen. rezultă că această soluție se dispune atunci când sunt îndeplinite următoarele condiții:

1. instanța constată că sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 480-482 C. pr. pen. cu privire la toate faptele reținute în sarcina inculpatului, care au făcut obiectul acordului;

2. soluția la care s-a ajuns prin acord este proporțională cu gravitatea infracțiunii și pericolozitatea infractorului.

Instanța nu poate dispune soluția achitării pe niciunul dintre temeiurile de drept care i-ar permite adoptarea acestei soluții întrucât în cazul acordului situația premise este reprezentată de recunoașterea faptelor și a încadrării juridice date acesteia⁴.

În mod evident când pronunță o astfel de soluție, instanța nu poate crea o situație mai grea decât cea asupra căreia s-a ajuns în urma negocierii acordului.

Dimpotrivă, instanța poate crea inculpatului o situație mai avantajoasă decât cea stabilită prin acord. Astfel, conform art. 485 alin. (1) lit. a) C. pr. pen., atunci când admite acordul, instanța nu poate crea inculpatului o situație mai grea decât cea din acord. Se deduce, de aici, că judecătorul este ținut numai ca limită maximă de soluția la care au ajuns procurorul și inculpatul în ceea ce privește felul și cuantumul pedepsei, precum și forma ei de executare, întrucât poate dispune o soluție mai blândă pentru infractor. Prin urmare, opera de individualizare a pedepsei revine în parte judecătorului. În lipsa unei dispoziții contrare, judecătorul ar putea pronunța chiar o pedeapsă mai mică decât limita de negociere impusă prin avizul procurorului ierarhic superior celui care a încheiat acordul.

Se mai poate observa că, deși soluția legii în acest caz este de admitere a acordului, în realitate nu mai suntem în prezența unui acord, judecătorul dispunând o soluție pe care procurorul nu a acceptat-o.

În situația în care condițiile prevăzute de lege sunt îndeplinite doar cu privire la unele infracțiuni, instanța nu va putea admite acordul doar în parte, cu privire la infracțiunile pentru care sunt îndeplinite condițiile cerute de lege și să dispună restituirea acordului la procuror pentru celelalte infracțiuni, ci va trebui să respingă acordul în integralitate.

Totodată, dacă în cauză există mai mulți inculpați, instanța va putea să admită acordul doar cu privire la unii dintre aceștia, în situația constatării îndeplinirii condițiilor prevăzute de lege cu privire la fapta/faptele reținute în sarcina acestora și să respingă ca neîntemeiat acordul cu privire la ceilalți.

Se ridică problema ce soluție trebuie pronunțată atunci când instanța constată că sunt suficiente date cu privire la existența faptei pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și cu privire la vinovăția inculpatului, dar a intervenit între timp o cauză care înlătură răspunderea penală. Astfel, instanța trebuie să respingă acordul de recunoaștere a vinovăției și să trimită dosarul la procuror sau trebuie să-l admită și să dispună încetarea procesului penal? Pe de o parte, condițiile art. 480 alin. (2) C. pr. pen. sunt îndeplinite („rezultă suficiente date cu privire la existența *faptei*” – s.n.), așadar, respingerea acordului nu ar fi posibilă; pe de altă parte, soluția de admitere a acordului și de încetare a procesului penal nu este prevăzută de art. 485 alin. (1) lit. a) C. pr. pen., unele instanțe apreciind că acordul de recunoaștere a vinovăției a rămas fără obiect⁵.

Aceeași întrebare se pune și atunci când, după sesizarea instanței prin acord, persoanele vătămate arată, în fața instanței de judecată, că doresc să se împace cu inculpatul sau intervine o lege care dezincriminează fapta, precum și atunci când, în pofida acceptării de către inculpat a încadrării juridice stabilite de procuror, fapta recunoscută, deși există astfel cum a fost reținută și descrisă în actul de sesizare, nu este prevăzută totuși de legea penală.

Cu privire la astfel de situații și anume constatarea intervenirii unuia dintre cazurile prevăzute de art. 16 C. pr. pen., în practică, au fost pronunțate soluții în sensul respingerii acordului, urmată de constatarea încetării procesului penal⁶, precum și în sensul respingerii acordului de recunoaștere a vinovăției și trimiterea cauzei la procuror⁷.

În opinia noastră, în atari situații instanța nu poate pronunța o soluție de achitare sau încetare a procesului penal, fiind obligată să se pronunțe numai în limitele în care a fost investită. O soluție de achitare/încetare proces penal nu poate fi pronunțată de instanță decât în cazul în care aceasta este sesizată prin rechizitoriu cu judecarea infracțiunii respective nu și în procedura specială a acordului de recunoaștere a vinovăției.

Faptul că instanța nu poate dispune achitarea în această procedură rezultă și din interpretarea coroborată a art. 480 alin. 1 și art. 485 alin. 1 lit. b) C. pr. pen., potrivit căreia, în cazul în care din probe administrate nu rezultă suficiente date cu privire la existența faptei pentru care s-a pus în mișcare acțiunea penală și cu privire la vinovăția inculpatului, instanța nu dispune achitarea, ci respingerea acordului⁸.

Odată cu admiterea acordului, instanța va lua act prin sentință și de tranzacția sau acordul de mediere încheiat între părți cu privire la acțiunea civilă. Dacă între părți nu s-a încheiat tranzacție sau acord de mediere, instanța lasă

⁴ Pascu M., Manea T., *Acordul de recunoaștere a vinovăției*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 57.

⁵ Jud. Sector 2 București, sent. pen. nr. 389/18.04.2014.

⁶ Jud. Sector 1 București, sent. pen. 462/29.05.2014.

⁷ Jud. Sector 1 București, sent. pen. 737/21.10.2014.

⁸ Iugan A.V., *op. cit.*, p. 153.

nesoluționată acțiunea civilă. În acest caz, potrivit art. 27 alin. (2) C. pr. pen., partea civilă poate introduce acțiune la instanța civilă.

b) respinge acordul de recunoaștere a vinovăției și trimite dosarul procurorului în vederea continuării urmăririi penale.

Această soluție se dispune în două ipoteze:

1. dacă nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la art. 480-482 C. pr. pen. cu privire la toate faptele reținute în sarcina inculpatului, care au făcut obiectul acordului.

Așa cum arătat și anterior, atunci când acordul privește mai multe infracțiuni acesta va fi respins în integralitate, chiar dacă condițiile de admisibilitate nu sunt îndeplinite cu privire doar la una sau unele dintre fapte.

Spre exemplu, această soluție se impune în situația în care pedeapsa a fost stabilită sub limita legală ca urmare a unei circumstanțe atenuante eronat reținute, în cazul în care se arată că pedeapsa stabilită urmează a fi suspendată sub supraveghere, fără a se specifica în baza cărui text legal (pe vechiul cod penal sau nou cod penal, în situația în care acordul fusese încheiat având la bază concepția privind aplicarea legii penale mai favorabile pe instituții autonome), perioada termenului de încercare sau măsurile de supraveghere și obligațiile impuse pe durata termenului de încercare⁹.

Primind dosarul cauzei, procurorul poate evalua situația de fapt și constata că se impune clasarea cauzei, poate completa probatoriul și iniția un nou acord de recunoaștere a vinovăției cu inculpatul sau poate, după administrarea de noi probe, să decidă trimiterea inculpatului în judecată prin rechizitoriu.

Apreciem că, după respingerea unui prim acord de recunoaștere a vinovăției, procurorul nu poate, pe baza aceluiași probatoriu, să negocieze un nou acord și să sesizeze instanța, mizând pe o opinie diferită în aprecierea probelor de către un alt judecător.

2. dacă apreciază că soluția cu privire la care s-a ajuns la un acord între procuror și inculpat este nejustificat de blândă în raport cu gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului.

Instanța respinge acordul de recunoaștere a vinovăției în situația în care ajunge la concluzia că soluția propusă în acord este prea blândă în raport cu gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului.

Considerăm că această a doua situație are caracter subsidiar primeia, întrucât problema modului în care s-a individualizat pedeapsa nu se poate pune decât dacă se constată că faptele există, constituie infracțiuni, au fost săvârșite de inculpat și acesta răspunde penal.

Conform art. 485 alin. (1) lit. b) C. pr. pen., trimiterea cauzei la procuror se face „*în vederea continuării urmăririi penale*”, chiar dacă hotărârea instanței se întemeiază doar pe disproporția dintre soluția din acord și gravitatea infracțiunii sau pericolozitatea infractorului.

În mod evident, procurorul ar trebui doar să reia negocierea cu inculpatul în vederea adecvării soluției la considerentele instanței, numai că inculpatul – fiind vorba de un nou acord, în urma căruia situația sa va fi inevitabil îngreunată față de cea inițială – nu este obligat să accepte. Pe de altă parte, în lipsa vreunei precizări legale, apreciem că nici procurorul nu ar fi obligat să reia negocierea.

De asemenea, apreciem că, în situația renegocierii acordului de recunoaștere a vinovăției și a unei noi sesizări a instanței de judecată, cauza urmează a fi repartizată ciclic aceluiași complet de judecată pentru a evita eventualele opinii diferite ale altor completuri sesizate cu judecarea cauzei.

O situație problematică se ivește atunci când inculpatul refuză reluarea negocierilor pentru încheierea unui nou acord de recunoaștere a vinovăției, iar procurorul constată că probatoriul este insuficient pentru eliminarea oricărei îndoieli rezonabile și nu poate, în mod obiectiv, nici să administreze alte probe relevante. În această situație, instanța nu poate fi sesizată nici prin rechizitoriu și nici prin acord, astfel că va fi incidentă soluția clasării întemeiată pe dispozițiile art. 16 alin. (1) lit. c) C. pr. pen.

Dacă apar însă probe noi, procurorul poate dispune orice soluție, inclusiv clasarea motivată pe oricare dintre cazurile prevăzute de art. 16 C. pr. pen.

O altă întrebare care se pune are în vedere soluția pronunțată de instanță pe latura civilă în situația respingerii acordului. Analizând dispozițiile art. 486 alin. (2) C. pr. pen., considerăm că singura soluție viabilă în acest caz este lăsarea nesoluționată a laturii civile.

Partea civilă nu se poate adresa instanței civile (după definitivarea hotărârii asupra acordului) în temeiul art. 27 alin. (2) C. pr. pen., întrucât, odată cu respingerea acordului, instanța trimite dosarul procurorului în vederea continuării urmăririi penale, ceea ce înseamnă că partea civilă va avea aceeași calitate, în continuare, în procesul penal¹⁰.

O altă problemă de abordat este reprezentată de răspunsul la întrebarea care este *valoarea declarației de recunoaștere* în ipoteza respingerii acordului de către instanță?¹¹

⁹ Iugan A.V., *op. cit.*, p. 146.

¹⁰ A se vedea, în acest sens, Decizia C.C. nr. 235/07.04.2015, parag. 43, disponibilă pe www.ccr.ro.

¹¹ Bodoroncea G., *Acordul de recunoaștere a vinovăției*, în *Analele Universității București, Supliment*, 2014, p. 322-323.

Legea nu face nicio precizare în această privință. Este însă fără îndoială că declarația de recunoaștere a faptei este „provocată”, din perspectiva inculpatului, de beneficiul participării la negocierea propriei pedepse. În considerarea acestui beneficiu, inculpatul ar putea fi tentat să recunoască aspecte ale stării de fapt care, altfel, sunt insuficient clarificate. Spre exemplu, în cazul în care nu s-a stabilit cu precizie care a fost ora comiterii furtului, iar încadrarea juridică dată de procuror este furt în timpul nopții (calificat) pe baza declarațiilor unui singur martor, inculpatul ar putea să accepte această încadrare juridică, deși, în realitate, fapta s-a săvârșit seara.

Ce se întâmplă cu această declarație de recunoaștere dacă acordul este respins la instanță și în continuare se urmează procedura obișnuită, instanța urmând a fi sesizată cu rechizitoriu?

Analizând calitatea declarației formulate de inculpat în cadrul procedurii speciale, se poate cu ușurință stabili că motivul determinant al acesteia este beneficiul acordat de lege și nu clarificarea benevolă a situației de fapt și stabilirea adevărului. În plus, fiind circumscrisă unor formalități stricte, declarația dată în cadrul procedurii acordului se va limita la validarea situației de fapt stabilită de procuror, nefiind permise nuanțările sau clarificările unor situații conexe, dar cu implicații în stabilirea existenței circumstanțelor agravante și implicit a încadrării juridice. Cu toate acestea, normele privind modalitatea de administrare și excludere a probelor nelegal sau neloial administrate nu prevăd niciun caz care ar permite autorităților judiciare excluderea declarației inculpatului în cazul respingerii acordului și nici nu există o dispoziție legală care să limiteze valoarea recunoașterii exclusiv în cadrul procedurii speciale sau să califice declarația ca simplă condiție pentru încheierea acordului, lipsind-o astfel de orice valoare probatorie în afara acestei proceduri.

Prin urmare, fără a afirma că declarația de recunoaștere oferită de inculpat în procedura acordului ar trebui exclusă *de plano* în procedura obișnuită ulterioară, considerăm că autoritățile judiciare trebuie totuși – în procesul de apreciere a probelor – să evalueze cu circumspecție o asemenea recunoaștere, mai ales în situația în care, urmându-se procedura obișnuită, nu s-a mai obținut o altă declarație concordantă sau inculpatul a revenit asupra declarației inițiale, chiar și parțial.

De lege ferenda ar trebui prevăzut în mod expres că declarația de recunoaștere are valoare doar în cadrul procedurii speciale și că aceasta trebuie exclusă din probatoriu în cazul în care acordul nu este validat de instanță în mod definitiv.

Împotriva sentinței penale pronunțate de instanță, se poate declara apel în termen de 10 zile de la comunicare¹². Dacă acordul a fost admis se poate declara apel numai cu privire la felul și cuantumul pedepsei ori la forma de executare a acesteia.

Soluționând apelul, instanța poate dispune:

a) respingerea apelului ca tardiv, inadmisibil ori nefondat, și menținerea sentinței primei instanțe – art. 488 alin. (4) lit. a) C. pr. pen.;

b) admiterea apelului și:

– desființarea sentinței prin care acordul de recunoaștere a fost admis numai cu privire la felul și cuantumul pedepsei sau la forma de executare a acesteia și pronunțarea unei noi hotărâri, procedându-se potrivit art. 485 alin. (1) lit. a) C. pr. pen., care se aplică în mod corespunzător;

– desființarea sentinței prin care acordul de recunoaștere a fost respins, admiterea acordului de recunoaștere a vinovăției, cu aplicarea corespunzătoare a dispozițiilor art. 485 alin. (1) lit. a) și art. 486 C. pr. pen.

Se impun câteva observații în ceea ce privește admiterea apelului în situația în care acordul de recunoaștere a vinovăției a fost admis de către prima instanță. Pe lângă lipsa efectului devolutiv al apelului exercitat în această ipoteză, trebuie observat că există probabilitatea ca instant de apel să considere că apelul este întemeiat însă cu privire la alte aspect decât felul, cuantumul sau forma de executare a pedepsei. Astfel, se poate constata că nu există suficiente probe privind vinovăția inculpatului, însă potrivit reglementării cuprinse în art. 488 alin. 2 C. pr. pen. instanța de apel va fi ținută în judecarea cauzei de aprecierea instanței de fond cu privire la vinovăția inculpatului, deoarece acesta nu se poate pronunța decât cu privire la felul, cuantumul și forma de executare a pedepsei.

În acest caz se aduce atingere dispozițiilor art. 396 alin. 2-4 C. pr. pen., potrivit cărora soluțiile pe care instanța le poate pronunța au drept situație premisă constatarea de către instanță, dincolo de orice îndoială, că fapta există, constituie infracțiune și a fost săvârșită de inculpat¹³.

De asemenea, este posibil ca prima instanță care a admis acordul să nu fi fost competentă după materie sau după calitatea persoanei, ori ca asistența juridică a inculpatului să nu fi fost asigurată. Ne regăsim în aceeași situație în contextual în care acordul este încheiat deși au fost încălcate dispozițiile referitoare la citare.

Conform art. 281 alin. (3) C. pr. pen., nulitatea absolută derivată din necompetența materială sau personală, atunci când judecata s-a efectuat de către o instanță inferioară celei legal competente, poate fi invocată în orice stare a procesului. De asemenea, potrivit art. 281 alin. (4) lit. c) C. pr. pen., încălcarea dispozițiilor privitoare la asistența juridică obligatorie a inculpatului poate fi invocată în orice stare a procesului, indiferent de momentul în care a intervenit încălcarea. Mai mult, nulitatea absolută poate fi constatată și din oficiu – art. 281 alin. (2) C. pr. pen., sens

¹² Cu privire la titularii apelului a se vedea Decizia C.C. nr. 235/07.04.2015, parag.54, disponibilă pe www.ccr.ro.

¹³ Pascu M., Manea T., *op. cit.*, p. 61.

în care se ivește întrebarea pertinentă cum ar putea fi invocate aceste vicii „în orice stare a procesului”, așa cum prevăd textele mai sus citate, și cu ce efecte, dacă sentința de admitere a acordului poate fi apelată numai cu privire la felul și cuantumul pedepsei ori la forma de executare a acesteia, iar, în caz de admitere a apelului, desființarea sentinței este limitată exclusiv la aceleași trei aspecte?

Apreciem că asemenea situații sunt inadmisibile. Se nesocotesc, în mod evident, atât dispozițiile care prevăd că acordul se admite doar atunci când sunt date suficiente privind infracțiunea și infractorul (standardul probei fiind oricum mai scăzut decât cel din procedura obișnuită), cât și normele imperative referitoare la nulități.

Caracterul neconstituțional al dispozițiilor legale care limitează formularea apelului în ceea ce privește latura penală la felul, cuantumul și modalitatea de executare a pedepsei și care prevăd în mod limitative soluțiile pronunțate de instanța de apel a fost constatat și de Curtea Constituțională prin Decizia nr. 235/07.04.2015. În analiza criticii Curtea a pornit de la idea că procesul penal este guvernat de principiul legalității, prevăzut de art. 2 C. pr. pen. care presupune ca întreaga sa desfășurare să aibă loc potrivit dispozițiilor legale¹⁴. Nerespectarea acestor dispoziții atrage nulitatea absolută sau relativă a actului încheiat, potrivit distincțiilor făcute de art. 281 și art. 282 C. pr. pen. Astfel, acordul de recunoaștere a vinovăției, ca instituție procesual penală, trebuie să respecte normele procesual penale, în general, și dispozițiile legale ce îl reglementează, în special.

Având în vedere cele arătate, nu credem totuși că, în cazul acordului de recunoaștere a vinovăției, legiuitorul a înțeles să deroge de la efectul devolutiv general al apelului, prevăzut la art. 417 alin. (2) C. pr. pen.

Față de toate aceste aspecte, se poate concluziona că acordul de recunoaștere a vinovăției, astfel cum este reglementat în dreptul românesc ca procedură specială, cu reguli proprii, componenta de justiție negociată fiind caracteristica majoră a acestei instituții specifice sistemului de drept adversarial conține elemente, astfel cum au fost dezbătute anterior care se constituie în atingeri modeste ale principiului fundamental al echității ca valoare supremă, aptă să asigure unitatea, echilibrul și coeziunea dreptului. Aceste modificări fundamentale în mecanismul de luare a deciziilor de către judecătorul cauzei și în dinamica procesului penal au generat probleme de preluare a procedurilor privind controlul soluțiilor și posibilitățile de apreciere și decizie a judecătorului, fiind absolut necesară crearea normelor proprii procedurii speciale și îndepărtarea de la construcțiile tradiționale de derulare a fazei de judecată în procedură simplificată.

¹⁴ A se vedea, în acest sens, Decizia C.C. nr. 235/07.04.2015, parag.51-52, disponibilă pe www.ccr.ro.

ASPECTE PRACTICE PRIVIND CONDUCEREA ȘI SUPRAVEGHEREA DE CĂTRE PROCUROR A URMĂRIIRII PENALE EFECTUATE DE CĂTRE ORGANELE DE CERCETARE PENALĂ

Practical Aspects Regarding the Conduct and Supervision by the Prosecutor of the Criminal Investigation Carried Out by The Criminal Investigation Bodies

Denisa BARBU*, Ion FLĂMÎNZEANU**

Rezumat: Prin urmărire penală înțelegem activitatea desfășurată de organele de urmărire penală constând în strângerea și verificarea probelor cu privire la săvârșirea vreunei infracțiuni, astfel se descoperă făptuitorul și se stabilește răspunderea acestuia în vederea trimiterii în judecată, luându-se totodată măsurile ce au scopul să asigure buna desfășurare a procesului penal.

Lucrarea urmărește aspectele teoretice izvorâte din prevederile art. 299-304 C.pr. pen. și sunt coroborate cu aspectele practice rezultate din acestea. În acest capitol se va observa rolul primordial pe care îl are procurorul în efectuarea urmăririi penale și cum poate acesta să-și exercite atribuțiile în scopul îndeplinirii obiectului urmăririi penale, fiind ajutat în acest sens de organele de cercetare penală.

Având în vedere numărul foarte mare al sesizărilor ce privesc aspecte de natură penală și faptul acestea trebuie soluționate într-un termen rezonabil, organele de cercetare penală au rolul de a sprijini procurorul fie prin efectuarea de activități de cercetare penală urmate de propuneri, fie prin efectuarea de activități dispuse punctual de procuror prin delegare. Urmărirea penală trebuie efectuată prin respectarea tuturor dispozițiilor legale în scopul efectuării actului de justiție. Acest principiu trebuie să fie respectat de organele de urmărire penală, iar dintre aceștia procurorul este cel care prin mijloacele prevăzute de lege supraveghează activitatea organelor de cercetare penală.

Cuvinte-cheie: urmărire penală, procuror, conducerea, supravegherea.

Abstract: By criminal prosecution we understand the activity of the criminal investigating bodies consisting in gathering and checking the evidence regarding the committing of any crime, thus revealing the perpetrator and establishing his liability for the prosecution, while taking the measures aimed at ensuring the good the criminal proceedings.

The paper follows the theoretical aspects emerging from the provisions of art. 299-304 N.C.C.P. and are corroborated with the practicalities resulting from them. In this chapter, it will be noticed the primordial role of the prosecutor in conducting criminal prosecution and how he can exercise his duties in order to accomplish the object of the criminal investigation, being assisted in this respect by the criminal investigation bodies.

In view of the very high number of complaints concerning criminal matters and the fact that they must be dealt with within a reasonable time, the criminal investigation bodies have the role of supporting the prosecutor either by conducting criminal investigation activities followed by proposals or by carrying out of activities delegated by the prosecutor by delegation. The prosecution must be carried out in compliance with all legal provisions for the purpose of performing the act of justice. This principle has to be respected by the criminal investigation bodies, and among them the prosecutor is the one who, by means provided by the law, supervises the activity of criminal investigation bodies.

Keywords: the criminal prosecution, the prosecutor, the conduct, the supervision.

1. Aspecte preliminare

În ceea ce privește activitățile organelor de cercetare penală urmate de propuneri s-a legiferat supravegherea urmăririi penale față de care putem spune, sub lumina C. pr. pen. că reprezintă principala sarcină a procurorilor Ministerului Public. Ideea este susținută și de faptul că în articolele noului cod se constată restrângerea competenței procurorului în ceea ce privește efectuarea obligatorie a urmăririi penale, fiind astfel reglementată doar în cazul infracțiunilor cu o gravitate sporită, urmare acestui fapt competențele organelor de cercetare penală au crescut motiv pentru care și o dată cu acestea și activitatea de supraveghere¹.

Însăși titulatura prezentului capitol izvorăște din prevederile C. pr. pen., în Capitolul III ce privește Urmărirea Penală, unde la art. 299 se legiferează obiectul supravegherii și la art. 300 modalitățile de exercitare a urmăririi penale în sensul conducerii și supravegherii urmăririi penale efectuate de organele de cercetare penală.

* Lect. univ. dr., Univ. Valahia Târgoviște, Facultatea de Drept și Științe Administrative; e-mail: denisa.barbu77@yahoo.com.

** Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Academia Română; Lector universitar dr., Universitatea Spiru Haret, București; e-mail: juridic_institut@yahoo.com.

¹ Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de Procedură Penală, Partea Specială*, 2015, p. 33.

În practica judiciară s-a observat o suprapunere a atribuțiilor de conducere a procurorului cu supravegherea urmăririi penale în sensul că activitatea de conducere poate fi asimilată activităților de supraveghere, mai ales prin posibilitatea procurorului de a participa la efectuarea oricărei activități de cercetare penală. Aceste aspecte sesizate în practica judiciară, ca manifestare a culturii juridice² în domeniul dreptului penal, vor fi probabil remediate în viitor apropiat prin adoptarea unor măsuri legislative corespunzătoare.

Aspect practic:

➤ *La data de 14.05.2015, orele 14,00 organele de cercetare penală ale poliției judiciare din cadrul Poliției Municipiului Brașov au fost sesizate cu privire la faptul că în cursul aceleiași zile numiții M.E., M.R., S.F. și L.C. au constrâns-o prin fapte de violență pe numita I.O. să întrețină raporturi sexuale cu aceștia. Locul faptei era reprezentat de apartamentul unuia dintre autori, iar la fața locului s-a prezentat și un procuror din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria Brașov ce a condus activitatea de cercetare la fața locului a organelor de cercetare penală și a tehnicienilor criminaliști.*

2. Obiectul supravegherii

Orice infracțiune trebuie descoperită și orice persoană care săvârșește o infracțiune trebuie trasă la răspundere penală, motiv pentru care în art. 299 C. pr. pen. se stipulează obiectul supravegherii ce constă tocmai în această idee.

Trebuie avut în vedere și ideea supravegherii procurorului în situația în care organele de cercetare penală consideră necesară reținerea unui suspect sau inculpat, astfel această supraveghere se manifestă prin verificarea cazurilor și condițiilor prevăzute de lege. Observăm la art. 209 alin. (13) C. pr. pen. că în situația în care organul de cercetare penală a dispus reținerea suspectului sau inculpatului, acesta are obligația să informeze de îndată procurorul cu privire la această măsură, demers ce va fi consemnat de acesta într-un proces verbal. În această situație procurorul verifică legalitatea luării măsurii în funcție de condițiile impuse de lege și nu face aprecieri cu privire la oportunitatea luării acesteia. Putem considera că procurorul urmărește ca prin activitatea sa de supraveghere să se respecte dispozițiile legale³.

Începerea urmăririi penale deschide cadrul procesual de cercetare penală, însă nu are natura unei acuzații motiv pentru care în noul cod de procedură penală nu se mai menționează că procurorul veghează ca nicio persoană să nu fie urmărită fără să existe indicii temeinice că a săvârșit o infracțiune. În noua legislație se prevede în obiectul urmăririi penale să se urmărească verificarea existenței unor astfel de indicii.⁴

Procurorul supraveghează activitatea atât a organelor de cercetare penală ale poliției judiciare cât și a organelor de cercetare penală speciale, iar acestea nu fac parte din structurile Ministerului Public cu excepția ofițerilor de poliție judiciară detașați în cadrul parchetelor prin reglementări speciale ale funcționării D.N.A., D.I.I.C.O.T. sau P.I.C.C.J. Având în vedere acest aspect subordonarea organului de cercetare penală din punct de vedere administrativ se face pe cale ierarhică în cadrul structurii din care face parte, astfel supravegherea procurorului este îngreunată. Din punct de vedere teoretic este asigurată o reglementare legislativă ce face posibilă colaborarea parchetelor cu structurile Ministerului Afacerilor Interne, însă din punct de vedere practic există situații în care bunul mers al activității judiciare este îngreunat din cauza dublei subordonări a organelor de cercetare penală. Referitor la acest aspect ne vom referi mai pe larg la finalul lucrării cu ocazia propunerilor *de lege ferenda*.

Orice persoană fizică sau juridică prin reprezentantul său poate înainta o sesizare cu referire la săvârșirea vreunei infracțiuni, atât organului de cercetare penală cât și procurorului. Dacă sesizarea a fost înaintată la o unitate de parchet, conducătorul acesteia desemnează un procuror ce va supraveghea activitatea organului de cercetare penală. Pentru a se ajunge la această situație trebuie ținut cont de verificarea competenței în funcție de infracțiunea ce face obiectul urmăririi penale, dar și de calitatea vreunei părți din dosar. După desemnarea procurorului se va atribui număr unic și după caz procurorul poate dispune prin note de sarcini efectuarea unor activități de către organele de cercetare penală. *Competența materială și după calitatea persoanei a atras atenția Curții Constituționale ce prin decizia nr. 302/2017 a decis că art. 281 alin. (1) lit. b) C. pr. pen. este neconstituțional deoarece acesta nu reglementează în categoria nulităților absolute și dispozițiile referitoare la competența materială după calitatea persoanei*⁵.

În situația în care sesizarea ajunge la organul de cercetare penală, aceasta va fi înaintată de îndată unității de parchet ce supraveghează activitatea de cercetare penală, pentru a primi număr unic și a-și urma practic circuitul legal, iar la reîntoarcerea sesizării șeful structurii repartizează dosarul penal unui lucrător de poliție ce va desfășura activități de cercetare penală sub supravegherea procurorului.

Aspect practic:

➤ *La data de 10.08.2016 la Poliția Municipiului Brașov s-a primit prin poștă plângerea penală a numitului M.G. ce privește săvârșirea de către N.F. a infracțiunii de fals intelectual. Sesizarea a fost văzută de către Șeful*

² Claudiu Ramon D. Butculescu, *Considerații privind influența culturii juridice asupra codificării în România în perioada 1864-2009, Știință și Codificare în România*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 368.

³ Ion Neagu, Mircea Damaschin, *Tratat de Procedură Penală, Partea Specială*, 2015, p. 35.

⁴ Mihail Udroui, *Codul de procedură penală. Comentariu pe articole*, 2015, p. 842.

⁵ Decizia Curții Constituționale nr. 302/2017 (publicată în M. Of. nr. 566 din 17 iulie 2017).

Poliției Municipiului Brașov ce după înregistrare a înaintat-o prin adresă Parchetului de pe lângă Judecătoria Brașov în vederea atribuirii de număr unic. La reîntorcerea acesteia dosarul penal a fost repartizat unui polițist judiciarist ce sub supravegherea procurorului din cadrul Parchetului de pe lângă Judecătoria Brașov a efectuat activități de cercetare penală.

3. Modalitățile de exercitare a supravegherii

Supravegherea de către procuror a actelor de urmărire penală desfășurate de organele de cercetare penală are ca scop principal respectarea dispozițiilor legale, așa cum înțelegem și din prevederile art. 300 alin. (1) C. pr. pen. efectiv supravegherea se materializează prin verificarea actelor de urmărire penală existente la dosar.

De asemenea procurorul ce supraveghează o cauză penală poate asista la efectuarea oricărui act de cercetare penală sau îl poate efectua personal, aspect stipulat în art. 300 alin. (3) C. pr. pen. Exemplul practic se regăsește în secțiunea aspecte preliminare ale prezentului capitol.

La solicitarea persoanei interesate sau din oficiu procurorul poate verifica și constata dacă un act sau o măsură procedurală dispusă de organul de cercetare penală este neîntemeiată sau a fost emisă fără respectarea dispozițiilor legale.

Aspect practic:

➤ *La Poliția Orașului Sinaia se află în lucru dosarul penal nr. 100/P/2015 constituit la plângerea prealabilă a persoanei vătămate M.D. ce privește infracțiunea de lovire sau alte violențe săvârșită la data de 14.01.2015 de către T.I. Organele de cercetare penală din cadrul Poliției Orașului Sinaia au audiat persoana vătămată și 2 martori ce au fost prezenți la săvârșirea faptei, după care s-au prezentat la procurorul ce supraveghează urmărirea penală cu propunere de continuare a urmăririi penale față de suspectul T.I. Cu această ocazie procurorul a observat că declarațiile martorilor au fost luate fără a se respecta prevederile legale în sensul că nu au fost luate sub jurământ fapt constatat prin lipsa semnăturii în locul destinat acesteia pe tipizatul declarației. Având în vedere cele constatate, procurorul a infirmat propunerea continuării urmăririi penale față de suspect motivând că la momentul de față infracțiunea de lovire sau alte violențe rezultă doar din declarația persoanei vătămate și a dispus organelor de cercetare penală să procedeze la reaudierea martorilor cu respectarea în totalitate a prevederilor legale.*

Legea prevede ca după sesizare, organele de cercetare penală să informeze procurorul despre activitățile pe care le efectuează sau urmează să le efectueze, iar acesta să dispună necesare organelor de cercetare penală. Aceste aspecte sunt puse în practică de procedurile activităților organelor de cercetare penală ale poliției judiciare sau a organelor de cercetare penală speciale și privește traseului înregistrării sesizărilor de natură penală. Sesizarea depusă la organul de cercetare penală este înregistrată apoi este trimisă la unitatea de Parchet de unde, de regulă se întoarce cu număr unic, procurorul având posibilitatea să o înainteze altui organ de cercetare penală sau să o păstreze pentru a efectua în mod direct urmărirea penală. Există situații ce necesită o comunicare urgentă între organele de cercetare penală și procuror în special pentru spețele ce privesc infracțiuni considerate cu un pericol social ridicat și în care sunt necesare luarea de măsuri preventive.

Aspect practic:

➤ *La data de 10.05.2016, orele 15,00 la Poliția Municipiului Arad s-a prezentat numitul B.D. ce a sesizat faptul că în urmă cu 15 minute, în timp ce se deplasa în zona gării a fost amenințat cu un cuțit de un bărbat ce i-a luat telefonul mobil și portofelul în care avea documentele de identitate și o sumă de bani. Organele de cercetare penală au preluat plângerea și au efectuat cercetarea la fața locului ocazie în care au constatat prin vizualizarea imaginilor surprinse de o cameră de supraveghere că autorul faptei este numitul R.E., ce se află sub control judiciar pentru o faptă asemănătoare săvârșită în urmă cu o lună. Având în vedere cele constatate, organele de cercetare penală s-au prezentat de îndată la procurorul ce le supraveghează activitatea de cercetare penală în vederea atribuirii numărului unic și a informa procurorul cu privire la cele constatate, intenționând ca la găsirea autorului să dispună o măsură preventivă.*

Dispozițiile procurorului pot fi scrise, în practică fiind materializate de regulă în note de sarcini sau pot fi verbale, noul cod de procedură penală nemaispecificând în mod expres forma acestora. De asemenea dispozițiile procurorului sunt obligatorii și prioritare pentru organele de cercetare penală, iar șefii ierarhic superiori organului de cercetare penală nu pot da îndrumări sau dispoziții privind cercetarea penală.

Dacă procurorul constată că organul de cercetare penală nu a îndeplinit sau a îndeplinit în mod defectuos dispozițiile acestuia poate avea la dispoziție următoarele mijloace legale prevăzute la art. 303 alin. (3) și art. 304 C. pr. pen.:

- prin ordonanță motivată poate infirma actul nelegal din oficiu sau la plângerea persoanei interesate, iar această ordonanță nu poate fi cenzurată de judecătorul de cameră preliminară decât în situația în care analizează soluția de netrimitere în judecată sau a luat la cunoștință de actele de urmărire penală prin rechizitoriu,
- poate informa șeful ierarhic superior al organului de cercetare penală ce în termen de 3 zile are obligația să-i comunice procurorului măsurile dispuse,
- poate sancționa organul de cercetare penală prin măsura amenzii judiciare ce este prevăzută la art. 283 alin. (1) lit. a) sau alin. (4) lit. m) C. pr. pen.

– poate solicita retragerea avizului organului de cercetare penală ce este prevăzut la art. 55 alin. (4) și (5) C. pr. pen.⁶

Conform art. 300 alin. (4) C. pr. pen., procurorul poate să ceară spre verificare orice dosar penal de la organul de cercetare penală, care este obligat să trimită de îndată dosarul penal cu tot ce conține acesta. În urma verificării dosarului, procurorul poate reține cauza în vederea efectuării urmăririi penale sau poate returna dosarul penal trasând sarcini concrete organului de cercetare penală ce va trebui să le ducă la îndeplinire cu celeritate.

Aspect practic:

➤ *La Poliția Municipiului Ploiești se află în lucru dosarul penal nr. 110/P/2015 ce privește infracțiunea de hărțuire săvârșită în dauna persoanei vătămate H.S. de către persoana reclamată R.T. În cursul anului 2018 procurorul a solicitat cauza penală întrucât se apropia termenul de prescripție al faptei, iar organul de cercetare penală nu a propus soluție. În urma verificării cauzei penale și constatând că în ceea ce privește mijloacele de probă a infracțiunii, aceasta rezultă doar din declarația persoanei vătămate ce afirmă că este hărțuită de numitul H.S. prin urmărire de la locul de muncă la domiciliu, iar din declarația unui martor rezultă că ambele persoane au același loc de muncă și domiciliu apropiat astfel încât este normal ca traseul zilnic al celor două persoane să se intersecteze. Având în vedere cele de mai sus și ținând cont că infracțiunea de hărțuire s-ar fi prescris în termen de două săptămâni procurorul a reținut cauza în vederea efectuării de către acesta a urmăririi penale și a dispus prin ordonanță o soluție de netrimitere în judecată.*

O altă modalitate de exercitare a supravegherii urmăririi penale de către procuror este posibilitatea acestuia de a dispune trecerea cauzei de la un organ de cercetare penală la altul. Această modalitate este diferită de trimiterea cauzei la organul competent datorită faptului că aceasta ține de legalitatea urmăririi penale, ci nu de oportunitate cum este în situația trimiterii cauzei de la un organ de cercetare penală la altul. Între organele de cercetare penală nu se poate vorbi de procedura declinării deoarece se poate face trecerea de la un organ de cercetare penală la altul de către procurorul ce supraveghează urmărirea penală. În ceea ce privește reunirea cauzelor, aceasta se face tot de către procuror chiar dacă acestea ar fi fost la același organ de cercetare penală⁷.

În ceea ce privește cauzele ce pot determina procurorul să analizeze oportunitatea trecerii cauzei de la un organ de cercetare la altul apreciem că acestea pot genera de la organul de urmărire penală sau din inițiativa procurorului. Astfel procurorul poate constata că organul de cercetare penală nu a respectat dispozițiile scrise ale acestuia în termenul stabilit, situație în care în afara constatării abaterii judiciare poate să trimită cauza altui organ de cercetare penală. Dacă organul de cercetare penală constată că este incompatibil acesta va înștiința de îndată procurorul ce-l supraveghează urmărirea penală prin cerere de abținere sau acesta va fi înștiințat de partea interesată prin cerere de recuzare. În aceste situații sau prin propunerea motivată a organului de cercetare penală procurorul ia act de faptul că urmărirea penală se poate face în condiții mai bune sau într-un totu legal de către alt organ de cercetare penală.

Aspect practic:

➤ *La data de 21.11.2015 organul de cercetare penală al poliției judiciare N.G din cadrul Poliției Municipiului Bârlad, prin rezoluția șefului nemijlocit al acestuia a primit în vederea efectuării actelor de cercetare penală și propunerii soluției Parchetului de pe lângă Judecătoria Bârlad, dosarul penal cu numărul 110/P/2015, constituit în urma plângerii persoanei vătămate G.D. Polițistul a recunoscut persoana vătămată ca fiind una dintre cunoștințele sale cu care se află într-un litigiu civil, motiv pentru care a înștiințat procurorul ce supraveghează urmărirea penală ce a luat act de solicitarea polițistului și a trimis cauza la un alt organ de cercetare penală.*

În situații motivate organul de cercetare penală poate propune procurorului preluarea cauzei de către un organ de cercetare penală ierarhic superior.

Aspect practic:

➤ *La Poliția Orașului Mizil se află în lucru dosarul penal cu numărul 110/P/2016 ce privește infracțiunile de proxenetism și șantaj. În urma actelor de cercetare penală efectuate în primă fază a rezultat faptul că persoanele suspectate de săvârșirea infracțiunilor ce fac obiectul în respectiva cauză își desfășoară o bună parte din activitatea infracțională în țările Uniunii Europene, iar pentru probarea infracțiunilor este necesară o colaborare internațională. Având în vedere că la nivelul Poliției Orașului Mizil nu au mai fost efectuate activități de cercetare penală în colaborare cu alte autorități străine, acestea fiind efectuate de regulă de către Serviciul de Investigații Criminale, organul de cercetare penală a propus procurorului trecerea cauzei penale la un alt organ de cercetare penală superior.*

4. Efectuarea urmăririi penale de către procuror

În cauzele penale complexe fie datorită gradului ridicat de pericol social al infracțiunii, fie datorită calității persoanei, legiuitorul a apreciat că este necesară o garanție suplimentară de legalitate și temeinicie prin efectuarea în mod direct a urmăririi penale de către procuror. Se apreciază că în această situație există un interes ridicat al societății ca autorii faptelor să fie identificați și trași la răspundere penală. Urmărirea penală se efectuează de către procuror în ceea ce privește infracțiunile prevăzute la art. 56 alin. (3) C. pr. pen. Se constată că infracțiunile menționate au un grad

⁶ Jud. Dr. Voicu Pușcașu, Jud. dr. Cristinel Ghigheci, *Proceduri penale*, vol. I, 2017, p. 58.

⁷ Jud. Dr. Voicu Pușcașu, Jud. dr. Cristinel Ghigheci, *Proceduri penale*, vol. I, 2017, p. 59.

ridicat de pericol social, găsindu-se infracțiunile contra vieții, de corupție sau de criminalitate organizată. De asemenea trebuie ținut cont și de calitatea autorului infracțiunii, astfel această calitate poate atrage o competență specială ca în cazul demnitarilor publici, ai avocaților, militarilor și alte exemple⁸.

Așa cum am arătat și în secțiunea precedentă, procurorul poate solicita organului de cercetare penală orice cauză penală aflată sub supravegherea sa și o poate păstra spre efectuarea urmăririi penale în mod direct dacă apreciază că împrejurările concrete impun această situație.

Chiar și în cazurile în care urmărirea penală se efectuează direct de procuror, nu este obligatoriu ca toate actele de cercetare penală să fie desfășurate de către acesta, mai ales că în principiu vorbim de cauze complexe ce presupune fie un volum foarte mare de muncă, fie anumite proceduri speciale de cercetare. Astfel procurorul poate delega organele de cercetare penală în ceea ce privește audierea persoanelor, efectuarea de percheziții, punerea în executare de măsuri de supraveghere tehnică și altele. Este de menționat că nu poate face obiectul delegării punerea în mișcare a acțiunii penale, luarea sau propunerea de măsuri restrictive de drepturi și libertăți, încuviințarea de probatorii sau alte măsuri procesuale așa cum arată și art. 324 alin. (4) C. pr. pen. Exemplificam prin Decizia Curții de Apel București care a hotărât că: *există posibilitatea ca și organele de cercetare penală să îndeplinească unele acte atunci când acestea nu suferă amânare prin excepție de la dispoziția conform căreia în cazul anumitor infracțiuni toate actele de urmărire penală sunt efectuate doar de procuror*⁹.

Urmărirea penală este efectuată în mod obligatoriu de procuror și în situația în care inițial a fost sesizată o infracțiune pentru care nu era prevăzută această obligație, însă ulterior s-a constatat faptul că infracțiunea prezintă un pericol social mai ridicat, cum întâlnim în situația morții victimei unui viol. O posibilitate mai des întâlnită este situația în care se reclamă inițial lovire sau alte violențe, iar în urma prezentării victimei la o unitate spitalicească se constată că urmare a loviturilor primite i s-a pus în pericol viața astfel încât și încadrarea juridică se schimbă în tentativă de omor și este de competența directă a procurorului din cadrul parchetului județean.

Aspect practic:

➤ *La data de 14.01.2015, ora 18.30 lucrătorii Poliției Municipiului Craiova au fost sesizați prin SNUAU 112 de către numitul R.O. ce sesizează faptul că vecinul său E.D. i-a adresat cuvinte vulgare și l-a lovit. Ajunși la fața locului organele de poliție au constatat că între cele două persoane într-adevăr a avut loc un conflict spontan ce a degenerat la fapte de violență în sensul că aflați la barul X de pe strada R. Dorulescu numitul E.D. l-a lovit pe numitul R.O. cu o sticlă în zona capului, ce prezintă urme de sânge pe față. Având în vedere cele constatate la fața locului s-au prezentat organele de cercetare penală ale poliției judiciare ce s-au sesizat din oficiu pentru vătămare corporală, au efectuat cercetarea la fața locului și au condus victima la unitatea spitalicească și apoi la medicină legală. În urma controalelor medicale efectuate medicul legist a concluzionat că din cauza zonei vizate și a obiectului contondent, precum și a urmărilor produse loviturile aplicate victimei au fost de natură să-i pună în pericol viața. Astfel organul de cercetare penală a constatat că se schimbă încadrarea juridică într-o infracțiune cu un pericol social mai ridicat, respectiv tentativă de omor, motiv pentru care competența de soluționare revine Parchetului de pe lângă Tribunalul Dolj. În această situație polițistul judiciarist a predat actele de cercetare penală întocmite până la acel moment procurorului competent ce le-a menținut și a efectuat în continuare urmărirea penală.*

5. Concluzii

Conducerea și supravegherea urmăririi penale de către procuror are un rol esențial în buna și corectă desfășurare a urmăririi penale, procurorul fiind practic călăuza actelor procesuale și procedurale dintr-o cauză penală. Legiuitorul s-a asigurat că într-un dosar penal procurorul are toate pârghiile necesare să efectueze urmărirea penală după cum consideră acesta și nici o altă autoritate nu are posibilitatea să intervină, asigurându-i astfel independența.

Din punctul nostru de vedere puterile sporite ale procurorului sunt juste. Considerăm asta pentru că procurorul are pregătirea necesară să se asigure de legalitatea actelor întocmite într-un dosar penal. Unele organe de cercetare penală nu au pregătire de specialitate în drept, acestea provenind de regulă din școlile de agenți de poliție sau chiar din rândul școlilor de ofițeri ce nu mai prevăd studii obligatorii de drept. Astfel profesionalismul organelor de cercetare penală pornește în principal din respectarea procedurilor și din formarea acestora prin practicarea activităților judiciare.

Opinia publică necunoscătoare de noțiuni juridice apreciază că în cazurile în care procurorul conduce și supraveghează activitatea de urmărire penală, organele de cercetare penală dispun ele însăși soluția. În realitate, în absolut toate cazurile procurorul dispune soluția ce finalizează urmărirea penală, iar organul de cercetare penală doar propune, procurorul având posibilitatea să țină sau nu cont de aceasta.

În ceea ce privește diferențierea dintre modalitățile de efectuare a urmăririi penale, în sensul că aceasta se poate efectua fie direct de procuror, fie de către organele de cercetare penală sub supravegherea sa, considerăm ca este oportună, deoarece prin această repartizare se garantează suplimentar legalitatea și temeinicia efectuării urmăririi penale în cauzele ce presupun un nivel complex de anchetă.

⁸ Mihail Udrioiu, *Codul de procedură penală- comentariu pe articole*, 2015, p. 865.

⁹ Jud. Dr. Voicu Pușcașu, Jud. dr. Cristinel Ghigheci, *Proceduri penale*, vol. I, 2017, p. 62.

EFECTELE CURȚII DE LA STRASBOURG ASUPRA PROCESULUI PENAL ROMÂN

The Effects of The Strasbourg Court Jurisprudence on The Romanian Criminal Trial

Beatrice Florina DRĂGHICIU*

Rezumat: *Jurisprudența CEDO oferă o paletă largă de aplicabilitate a drepturilor garantate de Convenția Europeană a Drepturilor Omului și o analiză a unui număr mare de cauze care oferă posibilitatea identificării unor „reguli” pentru cuantificarea limitelor permise, fără a aduce atingere existenței dreptului sau libertății. Totodată, Curtea de la Strasbourg este un adevărat factor de reglare și creație a unor principii și concepte menite să asigure protejarea drepturilor și libertăților fundamentale.*

Încă de la începutul aderării României la Convenție, jurisprudența Curții de la Strasbourg a influențat și a condus la materializarea unor modificări legislative care au avut loc în sistemul de drept, dar și în aplicarea directă a deciziilor Curții de către organele statului, cu precădere de către instanțele judecătorești. Mai mult, chiar Codul de procedură penală face referire expresă la jurisprudența Curții, stabilind că, în procedura recursului în interesul legii, pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a legii de către toate instanțele judecătorești, cererea trebuie să cuprindă și jurisprudența relevantă a Curții europene.

Cuvinte-cheie: *Curtea de la Strasbourg, jurisprudență, efecte, Cod de procedură penală, sistem de drept*

Abstract: *The case law of the European Court of Human Rights offers a wide range of applicability of the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights and an analysis of a large number of cases provides the possibility of identifying „rules” for the calculation of permitted limits, without prejudice to the existence of the right or freedom. At the same time, the Strasbourg Court is a true factor in regulating and creating principles and concepts designed to ensure the protection of fundamental rights and freedoms.*

Since the beginning of Romania's accession to the Convention, the jurisprudence of the Court of Strasbourg influenced and led to the materialization of numerous legislative changes that took place in the legal system, but also in the direct application of the Court's judgments by the organs of state, to the courts. Furthermore, even the Criminal Procedure Code expressly refers to the case-law of the Court, stating that, in the context of an appeal procedure in the interest of the law, in order to ensure the uniform interpretation and application of a law by all courts, the application must also include jurisprudence the European Court of Justice.

Keywords: *European Court of Human Rights, case law, effects, Criminal Procedure Code, legal system*

Considerații generale

Încă din antichitate au existat preocupări pentru ocrotirea drepturilor omului. Potrivit lui Platon, idee de justiție, se regăsește atât în fiecare individ, cât și în organizarea cetății, el susținând că omul nu trebuie să răspundă „la o nedreptate cu alta, nici la rău cu rău”, orice i-ar face alt om¹. Tot din această epocă datează și lupta omului „împotriva oricărui abuzuri și inechități”, acesta fiind „preocupat să-și făurească o societate care să-i ocrotească libertatea și demnitatea”².

Încheierea tratatelor de pace ca urmare a Primului Război Mondial, în cuprinsul cărora se precizează protecția drepturilor omului, cu deosebire drepturile minorităților naționale de pe teritoriile noilor state naționale apărute după prăbușirea Imperiului Austro-Ungar, a avut un rol semnificativ în conturarea acestui cadru³.

Apariția a ceea ce se numește „dreptul internațional al drepturilor omului” s-a produs în a doua jumătate a secolului XX. Acesta „diferă în modul substanțial de concepția tradițională a dreptului internațional, prin aceea că oamenii sunt considerați a avea drepturi garantate internațional, dar ca persoane individuale, și nu ca cetățeni ai unui anumit stat. Această concepție a dus la adoptarea unor instrumente juridice internaționale de protecție a drepturilor individuale și la crearea unor instituții internaționale în a căror competență intră protecția indivizilor împotriva încălcărilor drepturilor lor de către state”⁴.

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: beatrice.draghiciu@just.ro.

¹ Platon, *Opere complete* (Criton), vol. I, Ed. Humanitas, București, 2001, p. 57.

² V. Luncan, V. Duculescu, *Drepturile omului*, Partea I, Ed. Lumina Lex, București, 1993, p. 13.

³ O. Predescu, M. Udriou, *Convenția Europeană a drepturilor omului și dreptul procesual penal român*, Ed. C.H. Beck, București, 2007, p. 9.

⁴ B. Selejan-Guțan, *Protecția europeană a drepturilor omului*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 5.

În societatea zilelor noastre, în tot ce se operează cu noțiunea de justiție, se folosește cu sau fără temei, conceptul de „stat de drept”. Acest concept trebuie înțeles ca un „stat organizat pe baza principiului separației puterilor statului, în aplicarea căruia justiția dobândește o reală independență și, urmărind prin legislația sa promovarea drepturilor și libertăților inerente naturii umane, asigură respectarea strictă a reglementărilor sale de către ansamblul organelor lui în întreaga lor activitate”⁵.

Regulile de drept alcătuiesc ordinea de drept normativă care devine efectivă atunci când respectarea regulilor de conduită se face în mod continuu și pe întreg teritoriul statului prin conformare sau constrângere⁶. Prin ansamblul său de reguli procedurale și procesuale, procedura penală, trebuie să constituie forma de organizare a judecării (de către instanțele judecătorești) unor persoane considerate a fi săvârșit infracțiuni, dar cu respectarea întocmai a drepturilor și libertăților individuale în echilibru cu interesele societății⁷.

Deși procedura penală este obligată să stabilească principiile de organizare judiciară (ex. dublul grad de jurisdicție etc.), regulile de constatare și cercetare a infracțiunilor, de administrare a probelor, de judecată, nu trebuie sacrificat interesul individului în interesul societății. Dezideratul suprem al unei justiții care respectă individul rămâne certitudinea vinovăției „mai bine să rămână nepedepsiți o sută de vinovați, decât să fie condamnată o singură persoană nevinovată”⁸.

În contextul celor prezentate, legile procesuale penale trebuie să asigure buna administrare a justiției, conducând la finalitate prin înfăptuirea ei, dar nu în detrimentul respectării cu strictețe a drepturilor și libertăților fundamentale, așa cum au fost consacrate prin instrumente juridice obligatorii. Așadar, Convenția Europeană a Drepturilor Omului oferă garanțiile procesuale și procedurale necesare pentru ca, într-un stat de drept, procesul penal să se desfășoare cu garantarea drepturilor omului. În același timp, Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, prin efectul său de autoritate de lucru interpretat, își aduce contribuția în acest mecanism de stabilire a regulilor procesului penal⁹. Din acest motiv, considerăm necesar a se vedea de ce practica Curții de la Strasbourg a influențat pe de o parte legislația națională și pe de altă parte soluțiile instanțelor naționale, dar și în ce măsura jurisprudența CEDO va putea conduce la o modificare a prevederilor procesual penale pentru o mai eficientă garantare a drepturilor omului.

Prima condamnare a României de către CEDO a fost în anul 1998 – cauza Vasilescu c. României, Cererea nr. 27053/95, Hotărârea din 22 mai 1998¹⁰, fiind urmată de alte condamnări, numărul plângerilor formulate împotriva României fiind semnificative. O parte semnificativă a acestor condamnări se bazează pe violarea drepturilor omului în procesul penal, punându-se problema adaptării prevederilor procesuale penale, în sensul satisfacerii exigențelor unui stat modern, raliat la normele europene¹¹.

În ciuda faptului că inițial Codul de procedură penală a suferit modificări importante – rezultatul punerii în executare a unor hotărâri ale Curții Europene a Drepturilor Omului – acestea nu au fost suficiente, România fiind condamnată, în continuare, pentru aspecte ce țineau de procesul penal. Printre cele mai semnificative probleme cu care s-a confruntat sistemul judiciar penal românesc, se număra supraîncărcarea parchetelor și instanțelor, durata excesivă a procedurilor, tergiversarea nejustificată a cauzelor. Un număr semnificativ de cauze aflate pe rolul Curții Europene a Drepturilor Omului împotriva României au avut ca obiect aspecte referitoare la arestarea preventivă, durata proceselor, stabilirea competențelor și administrarea probatorului în materie penală; impunându-se în mod evident necesitatea de a elimina motivele care au condus la condamnarea României în repetate rânduri¹².

Așadar, acesta a reprezentat contextul care a impus o modificare legislativă care să vizeze aspecte precum diminuarea duratei proceselor dar și crearea unor proceduri judiciare penale mai simple, aspect realizat prin introducerea unor instituții noi precum acordul de recunoaștere a vinovăției, compatibilizarea mijloacelor de probă sau a procedurilor probatorii actuale cu standardele europene în materie, reducerea gradelor de jurisdicție de la trei la două etc. (context care a condus la adoptarea Noului Cod de procedură penală).

Astfel, Noul Cod de procedură penală trebuia să asigure la nivel național crearea unei jurisprudențe unitare, care să respecte standardele internaționale în materie procesuală, mai exact cele impuse de Curtea Europeană a Drepturilor Omului. Aceste modificări legislative în domeniu au urmărit să răspundă și exigențelor de previzibilitate a procedurilor judiciare ce decurg din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și, implicit, din cele statuate în jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului¹³.

⁵ T. Drăganu, *Introducere în teoria și practica statului de drept*, Ed. Dacia, Cluj Napoca, 1992, p. 6.

⁶ V. Dongoroz, S. Kahane, G. Antoniu, C. Bulai, N. Iliescu, R. Stănoiu, *Explicații teoretice ale Codului de procedură penală român – Partea generală*, vol. I, Academia României – Institutul de cercetări juridice, București, 1975, p. 5-7.

⁷ R.M. Coman, *Efectele jurisprudenței Curții de la Strasbourg asupra procesului penal român*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, pp. 12-13.

⁸ Gaston Stefanie, Geroges Levasseur, Bernard Boulloc, *Procedura penale, quatorzieme edition*, Dalloz, Paris, 1990, p. 3.

⁹ R.M. Coman, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁰ C. L. Popescu, *Hotărârile Curții Europene a Drepturilor Omului pronunțate în cauzele împotriva României (1998-2002)*, Ed. All Beck, București, 2003, pp. 1-7.

¹¹ R.M. Coman, *op. cit.*, p. 37.

¹² *Ibidem*, p. 38.

¹³ A se vedea Expunerea de motive a noului Cod de procedură penală, <http://www.senat.ro/Legis/PDF/2013/13L010EM.pdf> în R.M. Coman, *op. cit.*, p. 38.

În elaborarea acestui proiect au fost luate în considerare evoluțiile legislației și jurisprudenței naționale, a Curții Constituționale și a Curții Europene a Drepturilor Omului, cât și alte coduri ale statelor membre ale Uniunii Europene, precum și Codul de procedură penală italian. În ciuda acestor considerente, Codul de procedură penală a fost dezbrăcat, de către Curtea Constituțională, de numeroase articole și instituții care nu respectau ceea ce se prevedea în Convenția și jurisprudența CEDO.

Modificări anterioare noului Cod de procedură penală – prezentare succintă

Aflat într-o continuă evoluție, procesul penal român, a suferit unele modificări după ratificarea Convenției, astfel cum prevedeau normele acesteia.

Deciziile prin care România a fost condamnată de către Curtea Europeană a Drepturilor Omului au avut un rol semnificativ asupra legislației din domeniul procesual-penal. Atât influența Convenției, cât și influența jurisprudenței și-au pus amprenta semnificativ conducând, pe de o parte, la abrogarea unor acte normative care îngreunau unele drepturi și libertăți fundamentale, iar pe de altă parte, la modificarea și completarea unor acte normative, ba chiar la elaborarea unor acte normative noi. Un astfel de exemplu îl constituie Legea nr. 32 din 16 noiembrie 1990 (publicată în M. Of. nr. 128 din 17 noiembrie 1990) prin care s-a garantat dreptul la apărare pe întreaga procedură judiciară, verificarea de către instanța de judecată a legalității arestării preventive, stabilirea unei perioade mai scurte de arestare preventivă, posibilitatea de a fi eliberat pe cauciune¹⁴.

O altă modificare introdusă a fost cea referitoare la plângerea la instanță împotriva actelor procurorului. În acest sens, un prim exemplu ar fi introducerea prin Legea nr. 281 din 2003 (Publicată în M. Of. nr. 679 din 5 noiembrie 2013) în Codul de procedură penală în vigoare la 1 februarie 2014 a articolului 271, care prevedea posibilitatea formulării plângerii la instanță împotriva rezoluțiilor și ordonanțelor procurorului¹⁵.

Această modificare a fost determinată de prima condamnare a României la CEDO în cauza Vasilescu c România¹⁶. Plângerea adresată fostei Comisii Europene a Drepturilor Omului, a fost introdusă la 10 februarie 1995 de reclamanta Elisabeta Vasilescu și avea ca obiect reținerea ilegală de către miliție în 1966 și continuarea deținerii după această dată a unor obiective de valoare aparținând petiționarei, limitarea dreptului de acces la un tribunal independent, în vederea solicitării și obținerii restituirii. Acest lucru a fost posibil deoarece Codul de procedură penală din vremea respectivă nu prevedea posibilitatea adresării în instanță a celui nemulțumit de actele procurorului, existând doar posibilitatea formulării unei plângeri la prim-procuror. Plângerea a fost declarată admisibilă de către Comisie, iar la data de 22 mai 1997 a fost sesizată Curtea. Prin Hotărârea din 28 mai 1998, condamnă România cu unanimitate de voturi pentru încălcarea art. 6 par. 1 din Convenție și art. 1 din Protocolul nr. 1 (dreptul de proprietate), obligând la plata unor sume de bani în termen de 3 luni¹⁷.

În etapa de executare a acestei hotărâri, privitor la măsurile cu caracter individual, a fost efectuată plata sumelor de bani de către Guvernul României, în termenul prevăzut în hotărârea de condamnare; iar privitor la măsurile cu caracter general, deși nu au fost precizate în mod expres în textul hotărârii, ele au fost arătate Guvernului de către Comitetul Miniștrilor, la propunerea secretariatului specializat, în baza practicii anterioare. Astfel, a fost solicitată traducerea hotărârii, publicarea și difuzarea acesteia, precum și modificarea art. 278 din Codul de procedură penală în vigoare la momentul respectiv.

Ca urmare a acestor recomandări, Hotărârea a fost publicată în Monitorul Oficial conform dispozițiilor O.G. nr. 94/1999, a fost difuzată la toate curțile de apel, Președinte, Curtea Constituțională, președintele Înaltei Curți de Casație și Justiție, Judecătoria Găești și Tribunalului Dâmbovița, Facultății de Drept din cadrul Universității din București, fiind, de asemenea publicată și în Revista Dreptul din 1998. Totodată, în ceea ce privește modificarea articolului 278 din Codul de procedură penală, Guvernul a arătat că, anterior, la data de 2 decembrie 1997, Curtea Constituțională a adoptat Decizia nr. 486 (Publicată în M. Of. nr. 105 din 6 martie 1998), prin care s-a dat „lectură constituțională” textului articolului, în sensul că pentru a fi constituțional trebuie interpretat că o persoană care are un interes poate ataca în fața unei instanțe judecătorești orice măsură decisă de un procuror. Decizia a devenit definitivă și opozabilă *erga omnes* prin publicarea în M. Of. nr. 105 din 6 martie 1998¹⁸.

În același timp, Guvernul a prezentat exemple de cazuistică internă a instanțelor române precum și decizia Curții Constituționale nr. 186 din 18 noiembrie 1999 (care practic a reconfirmat decizia anterioară). În ciuda acestor considerente, Comitetul a ales să nu adopte o rezoluție finală ci doar una intermediară, insistând pentru adoptarea unei modificări legislative care să ofere siguranță pe termen lung conformității cu jurisprudența Curții Europene.

Prin adoptarea articolului 278, articol introdus prin Legea nr. 281/2003, publicată în M. Of. nr. 468 din 1 iulie 2003, a fost introdusă posibilitatea căii de atac la instanță împotriva măsurilor luate de procuror; rezoluția finală în această cauză dându-se în data de 20 iunie 2007.

¹⁴ L. Barac, *Europa și drepturile omului, România și drepturile omului*, Ed. Lumina Lex, București, 2001, pp. 86, 88.

¹⁵ R.M. Coman, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶ CEDO, Cererea nr. 53/1997/837/1043, Hotărârea din 22 mai 1998 în R.M. Coman, *op. cit.*, p. 39.

¹⁷ R.M. Coman, *op. cit.*, pp. 39-40.

¹⁸ *Ibidem*, p. 40.

Celelalte modificări introduse au privit aspecte referitoare la măsurile de executare a pedepselor (cauza Petra contra României, Cererea nr. 115/1997/899/1.111, Hotărârea din 23 septembrie 1998); arestarea preventivă – doar de către judecător (cauza Brincat contra Italiei, Cererea nr. 13867/88, Hotărârea din 26 noiembrie 1992 și cauza Pantea contra României, Cererea nr. 33343/96, Hotărârea din 3 iunie 2003), nou motiv de revizuire – condamnarea CEDO etc.

Modificări aduse prin Noul Cod de procedură penală

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a avut o rol semnificativ și asupra modificărilor recente ale Codului penal și ale Codului de procedură penală, conducând la introducerea unor noi instituții sau modificând altele.

Dintre modificările Codului penal, trebuie amintit, în primul rând, eliminarea circumstanțelor agravante judiciare (luând în considerare modul imprecis al reglementării și de efectul asupra răspunderii penale, textul se situa la limita principiului previzibilității legii, lăsând posibilitatea agravării răspunderii penale a unei persoane, căreia i se reproșa o conduită periculoasă, în condițiile în care fapta ce atrage acest efect nu era descrisă de lege cu claritate pentru a se putea înțelege fără echivoc în ce constă împrejurarea care imprimă faptei un caracter mai grav). Modalitatea în care aceste circumstanțe funcționau în practica judiciară aduceau adeseori exemple tipice de analogie în defavoarea inculpatului, procedeu prohibit în dreptul penal și sancționat de jurisprudența CEDO conform articolului 7 din Convenție. Sub aspectul conținutului circumstanțelor agravante s-a procedat la o reevaluare a împrejurărilor care au aptitudinea de a evidenția un grad de pericol ridicat astfel încât să justifice reținerea acestora ca circumstanțe legale¹⁹.

În ceea ce privește Codul de procedură penală, au fost introduse noi instituții precum Camera preliminară sau prevederea, în mod expres, a principiului *ne bis in idem*. Deși modificările recente ale Codului de procedură penală încearcă să pună în acord legislația națională cu prevederile Convenției, pentru a fi evitate condamnări ulterioare, acestea ridică în același timp probleme.

Potrivit Expunerii de motive ale Proiectului Codului de procedură penală (în forma inițială), prin introducerea instituției Camerei preliminare s-a urmărit a se răspunde exigențelor de legalitate, celeritate și echitate în cadrul procesului penal român, obiectivul fiind acela de a crea un cadru legislativ modern care să conducă la înlăturarea duratei excesive a procedurilor în faza de judecată. Fiind luate în considerare numeroasele condamnări ale României la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pentru durata excesivă a proceselor (cu titlu de exemplu menționăm Hotărârea CEDO din 14 aprilie 2009 din cauza Didu împotriva României, Hotărârea CEDO din 30 septembrie 2008 în cauza Drăgănescu împotriva României), s-a considerat că prin limitarea în timp a examinării rechizitoriului și a probelor administrate în cursul urmăririi penale, pot fi eliminate, sau cel puțin reduse, deficiențele care au condus la condamnarea României în fața Curții de la Strasbourg.

Sursa de inspirație a legiuitorului român (fără a prelua în totalitate procedurile) a fost reprezentată de sistemele de drept francez și drept italian. În urma finalizării urmăririi penale, procurorul poate concluziona faptul că există una din cauzele care împiedică punerea în mișcare a acțiunii penale (caz în care dispune clasarea dosarului) sau, dacă consideră că sunt îndeplinite condițiile legale pentru ca persoana să fie trimisă în judecată, emite rechizitoriul. În această situație, conform literaturii de specialitate italiene, camera preliminară are rolul de a efectua un control jurisdicțional asupra exercitării acțiunii penale, control ce reprezintă un „filtru al acuzelor hazardate”²⁰. Constituie un control pe care judecătorul îl exercită pentru a verifica dacă acuza formulată de procuror este sprijinită de probe care să justifice trimiterea în judecată cu probabilitatea condamnării²¹.

Această instituție de drept procesual penal a fost văzută de către legiuitorul român ca producând un efect direct, pozitiv asupra celerității soluționării unei cauze penale și înlăturând o lacună a dispozițiilor procesuale penale anterioare, în care examinarea legalității rechizitoriului, a probelor administrate în cursul urmăririi penale împiedicau chiar și timp de mai multe termene de judecată, să se poată trece la etapa cercetării judecătorești. Astfel, procedura camerei preliminare cuprinde anumite reguli care elimină posibilitatea unei eventuale restituiri a dosarului, ulterior începerii judecății propriu-zise, datorită faptului că legalitatea administrării probelor și a trimiterii în judecată sunt soluționate în această fază²².

O altă modificare importantă, a fost reprezentată de reglementarea expresă a principiului *Ne bis in idem* și a altor principii. Expunerea de motive a Codului arată faptul că un proces penal echitabil, desfășurat într-un termen rezonabil, poate fi asigurat doar dacă acesta este așezat pe „pilonii unor noi principii care, alături de cele clasice, obligă organele judiciare la înfăptuirea unei justiții penale independente și imparțiale, în măsură să instaureze în opinia publică respectul și încrederea în actul de justiție.”

Practica judiciară națională, precum și practica judiciară a Curții de la Strasbourg a verificat eficiența acestor principii, care urmăresc înlăturarea „acronismelor, incompatibilităților în exercitarea funcțiilor judiciare, ineficiența

¹⁹ R.M. Coman, *op. cit.*, p. 46.

²⁰ D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappala, *Diritto procesuale penale*, vol. 2, Giuffrè editore 2004, p. 197 în R.M. Coman, *op. cit.*, p. 48.

²¹ F. Gianniti, *Luci ed ombre del nuovo processo penale*, Emmeergi edizioni, 1994, p. 86 în R.M. Coman, *op. cit.*, p. 48.

²² R.M. Coman, *op. cit.*, p. 48.

și lipsa de celeritate în procesul penal dar și de a asigura și garanta respectarea prezumției de nevinovăție, a egalității de șanse a părților, precum și de a asigura protecția drepturilor și libertăților fundamentale ale omului”. Principiile nou introduse sunt: cel al dreptului la un proces echitabil desfășurat într-un termen rezonabil, al separării funcțiilor judiciare în procesul penal, al obligativității acțiunii penale strâns legate de cel subsidiar al oportunității, al dreptului la libertate și siguranță, *ne bis in idem*, iar în materia probațiunii, al loialității în obținerea probelor²³.

Principiul *ne bis in idem* – orice hotărâre penală definitivă se bucură de autoritate de lucru judecat. Considerarea Hotărârii penale definitive ca fiind expresia adevărului în respectiva cauză este necesară pentru a statifica prestigiul justiției și stabilirea activității jurisdicționale²⁴.

Protocolul adițional nr. 7 al Convenției europene pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale, consacră expres, în articolul 4, acest principiu: *Nimeni nu poate fi urmărit sau pedepsit penal de către jurisdicțiile aceleiași Stat pentru săvârșirea infracțiunii pentru care a fost deja achitat sau condamnat printr-o hotărâre definitivă conform legii și procedurii penale ale acestui stat*. În același timp, articolul 6 din Codul de procedură penală, prevede faptul că: *Nicio persoană nu poate fi urmărită sau judecată pentru săvârșirea unei infracțiuni atunci când față de acea persoană s-a pronunțat anterior o hotărâre penală definitivă cu privire la aceeași faptă, chiar și sub altă încadrare juridică*.

Totodată, Curtea a învederat în numeroase decizii faptul că rezonabilitatea duratei procedurilor judiciare nu poate fi apreciată *in abstracto*, ci trebuie realizată în fiecare cauză în parte, în funcție de circumstanțele sale concrete. În acest sens s-a pronunțat de exemplu în cauza Tudorache împotriva României (Cererea nr. 78048/01, Hotărârea din 29 septembrie 2005), arătând aici, dar și cu alte ocazii, faptul că statele semnatare ale Convenției au obligația să asigure drepturi concrete și efective, nu doar teoretice și iluzorii, Curtea de la Strasbourg ridicând la rang de principiu celeritatea procedurilor judiciare, remarcând cu fiecare ocazie importanța pe care o are administrarea fără întârzieri a actului de justiție, în așa fel încât să nu fie compromisă eficiența și credibilitatea.²⁵

Tot Curtea, prin diferite hotărâri de condamnare a României, a stabilit și unele criterii care trebuie luate în considerare pentru aprecierea termenului rezonabil, astfel prin hotărârea din 30 septembrie 2008 în cauza Crăciun c. România (Cererea nr. 5512/02, Hotărârea din 30 septembrie 2008), hotărârea din 6 decembrie 2007 în cauza Brăgădireanu c. România (Cererea nr. 22.088/04, Hotărârea din 06 decembrie 2007) sau hotărârea din 10 iunie 2008 în cauza Temeșan c. România (Cererea nr. 36293/02, Hotărârea din 10 iunie 2008), Curtea de la Strasbourg a stabilit următoarele criterii: comportamentul părților, importanța pentru părți a obiectului procedurii, comportamentul autorităților, complexitatea cauzei²⁶.

Influențat de jurisprudența europeană a drepturilor omului, Codul de procedură penală a avut în vedere ca situațiile de incompatibilitate să vizeze atât aspectul subiectiv, cât și aspectul obiectiv; iar pentru prima dată găsim reglementarea expresă a principiului loialității administrării probelor. Un alt element de noutate îl constituie și reglementarea regulilor detaliate de ascultare a suspectului, inculpatului, persoanei vătămate, părții civile, părții responsabile civilmente, martorilor și experților (un rol important avându-l reglementarea expresă, în acord cu jurisprudența Curții de la Strasbourg, a privilegiului împotriva autoincriminării și în ceea ce privește audierea martorului).

În vederea respectării dreptului la viață privată și la corespondență, Codul de procedură penală instituie reguli procedurale în materia tehnicilor speciale de supraveghere și cercetare, care să satisfacă cerințele de accesibilitate, previzibilitate și proporționalitate. În numeroase rânduri, jurisprudența Curții de la Strasbourg, a subliniat importanța celor două aspecte esențiale ale oricărei măsuri preventive respectiv, necesitatea și proporționalitatea, astfel încât acestea au fost ulterior reglementate explicit și în Codul de procedură penală.

În acord cu jurisprudența Curții și luând drept model alte coduri europene, s-au reformulat acele cazuri în care se poate dispune arestarea preventivă a inculpatului (de remarcat faptul că doar inculpatul mai poate fi arestat preventiv, spre deosebire de vechea reglementare unde și învinuitul putea fi arestat). Referitor la cazul privind pericolul social, inspirându-se din modelul german s-a stabilit ca și trăsătură a acestuia caracterul actual, ceea ce presupune dovedirea sa la momentul când se dispune asupra privării de libertate²⁷.

Concluzii

Analizând influența pe care jurisprudența CEDO a avut-o și o are la nivel național, studiind cauzele referitoare la România în diferitele etape ale procesului penal, precum și identificând și analizând problemele deschise care urmează a fi soluționate, putem concluziona faptul că atât legislația națională, cât și practica instanțelor naționale se află într-o continuă evoluție, care în încercarea de a se armoniza cu standardele europene de protecție a drepturilor omului, nu poate asigura garantarea totală și efectivă a acestora, rămânând, în continuare, un ideal de neatins.

²³ R.M. Coman, *op. cit.*, p. 49.

²⁴ N. Volonciu, *Drept procesual penal*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1972, p. 471.

²⁵ R.M. Coman, *op. cit.*, p. 51.

²⁶ *Idem*.

²⁷ *Ibidem*, pp. 54-55.

ROLUL JURISPRUDENȚEI ÎN REFORMA PENITENCIARĂ

The Role of Jurisprudence in Penitentiary Reform

Crina-Bianca VEREȘ*

Rezumat: Statul eșuează dacă favorizează statistica în detrimentul omului. Reconstrucția sistemului judiciar, și implicit a mediului penitenciar, trebuie să aibă în prim plan omul. Statul este constituit pentru a fi folositor cetățenilor săi, și nu invers. Din acest motiv, fiecare condamnare la Curtea Europeană a Drepturilor Omului pe motive ce țin de tratamente inumane și degradante reprezintă un eșec al statului. Problema nu se rezumă la cazarea propriu-zisă, ci și la reintegrarea socială. Din păcate, urgența conduce uneori la soluții temporare ce pot eclipsa, soluțiile pe termen lung avute deja în vedere.

Cuvinte-cheie: jurisprudență, CEDO, condiții de detenție, amnistie, grațiere, recurs compensatoriu.

Abstract: The state fails to favor statistics to the detriment of man. The reconstruction of the judiciary system, and implicitly of the penitentiary environment, must have man at the forefront. The state is constituted to be useful to its citizens, and not vice versa. For this reason, every conviction to the European Court of Human Rights on grounds of inhuman and degrading treatment is a state's failure. The problem is not limited to the actual accommodation, but social reintegration needs to be considered. Unfortunately, urgency sometimes leads to temporary solutions that can eclipse the long-term solutions that are already taken under consideration.

Keywords: jurisprudence, ECHR, detention conditions, amnesty, pardon, compensatory appeal.

I. Introducere

Condițiile din penitenciare nu ar trebui să reprezinte o pedeapsă „complementară” privării de libertate. Protecția societății se realizează prin impactul pe care această măsură îl are implicit prin restrângerea drepturilor deținutului privind libertatea de mișcare. Nu trebuie nici o clipă uitat ca persoanele aflate în închisoare își mențin drepturile și libertățile fundamentale, cu excepția celor ce decurg din hotărârea de condamnare.

În realitate, penitenciarele nu îndeplinesc adesea standardele minimale, iar majoritatea personalului închisorii consideră că tratamentul dur este o modalitate potrivită de a trata deținuții.

Condițiile de viață din închisoare se numără printre factorii principali care determină respectul de sine și demnitatea individului. Deținuții care au parte de condiții de detenție umane vor fi mai dispuși și mai capabili să răspundă pozitiv în cadrul programelor de reabilitare. Pe de altă parte, cei care se confruntă cu tratamente degradante și maltratare, cel mai probabil se vor întoarce în societate spulberați din punct de vedere psihologic și într-o stare de sănătate fizică și mental deplorabilă. Condițiile umane reduc, de asemenea, prevalența violenței în penitenciare.

Statele trebuie să acorde atenție sporită deținuților, deoarece atunci când îi privează de libertate, își asumă o datorie de îngrijire, fiind totodată, obligate să se asigure că aceste persoane sunt tratate uman. Aceasta include asigurarea de cazare adecvată, alimentație și apă, salubritate și îngrijire medicală, acces la lumină, aer proaspăt și exerciții fizice. Există standarde internaționale privind îmbrăcămintea și așternutul, contactul cu lumea exterioară și accesul la reprezentarea juridică. Normele care reglementează regimul închisorii acoperă disciplina și instrumentele prin care trebuie asigurat tratamentul echitabil și prin care persoanele sunt protejate împotriva abuzului și arbitrariului. Există, de asemenea, standarde specifice care abordează nevoile anumitor grupuri, cum ar fi femeile și copiii.

Asigurarea condițiilor de detenție umane care sunt în conformitate cu standardele europene este esențială pentru crearea unor sisteme echitabile și eficiente de justiție penală. Din acest considerent, Curtea Europeană a Drepturilor Omului, prin jurisprudența sa, joacă un rol important în determinarea statelor de a schimba legislația și politica penală pentru respectarea drepturilor fundamentale la nivelul solicitat de tratat.

II. Evoluția cadrului legislativ

1. Legea nr. 23/1969

Legea nr. 23/1969 privind executarea pedepselor a fost adoptată sub incidența Constituției comuniste din 1965. Era structurată pe 6 capitole și reglementa actul în baza căruia se executa pedeapsa, procedura de primire, percheziția, repartizarea diferențiată pe criterii precum genul și vârsta infractorilor, asigurarea din bugetul de stat a finanțării,

* Doctorand – domeniul Criminologie, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: veres.crina@gmail.com.

precum și importanța muncii. Între anii 1948-1990 instituția însărcinată cu administrarea locurilor de detenție a fost Direcția Generală a Penitenciarelor care se afla în subordinea Ministerului de Interne.

Reforma penitenciară a început odată cu anul 1990 când au avut loc modificări ale cadrului legislativ pentru dezvoltarea regimului democratic bazat pe ideea statului de drept. Or, un stat de drept nu poate fi conceput fără respectarea drepturilor fundamentale ale cetățenilor săi. Astfel, prin Decretul-lege nr. 6 din 7 ianuarie 1990 a fost abolită pedeapsa cu moartea. Acesta a fost primul pas și către o reformă penitenciară în concordanță cu tendințele internaționale de stabilire a unei politici umaniste în materia penală. A urmat o altă modificare importantă, și anume adoptarea legii nr. 21 din 15 octombrie 1990 pentru trecerea Direcției generale a penitenciarelor din cadrul Ministerului de Interne în subordinea Ministerului Justiției¹. Aceste schimbări au pavat drumul către adoptarea treptată a măsurilor necesare pentru umanizarea executării pedepsei cu închisoarea. S-a urmărit, în primul rând, respectarea demnității umane, imparțialitatea, interzicerea oricărei discriminări bazate pe naționalitate, cetățenie, opinii politice și convingeri religioase, îmbunătățirea cantitativă și calitativă a hranei, suplimentarea drepturilor persoanelor la pachete, vizite și cumpărături, precum și accesul neîngrădit la mijloacele de informare în masă și asigurarea transparenței sistemului penitenciar.

În anul 1991 a fost adoptată Constituția României care a reglementat drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale. Această „garanție internă” avea să fie urmată de una internațională prin introducerea în articolele 11 respectiv 20 a obligativității statului de a respecta tratatele internaționale, prioritate având reglementările privind drepturile omului. Când *“există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și legile interne, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care Constituția sau legile interne conțin dispoziții mai favorabile”*². Prin prezenta reglementare se asigură că normele cele mai favorabile sunt aplicabile în spețele referitoare la drepturile omului.

La 20 iunie 1994 România a ratificat Convenția Europeană a Drepturilor Omului prin Legea nr. 30/18.05.1994, care a avut ca efect introducerea acesteia în dreptul intern, interpretările Curții având caracter obligatoriu³. Conținutul unor instituții juridice din dreptul intern și politica penală au fost regândite ca urmare a influenței jurisprudenței Curții Europene a Drepturilor Omului, garanțiile și formele de protecție modificându-se pentru a putea fi compatibile cu noile standardele internaționale la care a aderat România.⁴ În continuare, considerăm că este util să expunem o parte din hotărârile Curții privitoare la sistemul penitenciar din România pentru o mai bună înțelegere a rolului acesteia în reformarea sistemului.

În anul 1998 prin hotărârea privind cauza Petra împotriva României⁵ Curtea Europeană a Drepturilor Omului a apreciat că a avut loc o ingerință din partea unei autorități publice în exercitarea dreptului reclamantului la respectarea corespondentei sale, drept garantat de alin. 1 al art. 8 al Convenției. O astfel de ingerință încalcă dispozițiile acestui text în situația în care nu este prevăzută de lege și nu urmărește unul sau mai multe scopuri legitime dintre cele menționate la alin. (2) al aceluiași articol⁶. Curtea adaugă că atingerea adusă dreptului trebuie să fie necesară într-o societate democratică.

Reclamantul a afirmat că era obligat să prezinte scrisorile adresate Comisiei Europene pentru Drepturile Omului comandantului penitenciarului, care le trimitea apoi la București, având loc întârzieri considerabile⁷. Corespondența provenită de la Comisie sosea desfăcută și cu întârzieri de mai mult de o lună. Din aceste motive, reclamantul invoca o încălcare a art. 8⁸.

În speța, dispozițiile interne aplicabile controlului corespondenței deținuților erau incluse atât în Legea nr. 23/1969, cât și în regulamentul său de aplicare⁹. Or, art. 17, 18 și 20 ale amintitei legi lăsaus autorităților naționale o marja prea mare de apreciere: legea se limita la a indica, într-o manieră foarte generală, dreptul condamnaților de a primi și de a trimite corespondența și acorda directorilor penitenciarelor autoritatea de a păstra orice scrisoare, ziar, carte sau revistă considerate ca fiind neadecvate reeducării condamnatului¹⁰. Mai mult, regulamentul de aplicare nu era publicat, motiv pentru care reclamantul nu a putut să ia cunoștință de conținutul acestuia¹¹. Curtea a apreciat că această împrejurare constituie o formă de presiune ilegală și inacceptabilă.

¹ Art. 1 din Legea nr. 21 din 15 octombrie 1990 pentru trecerea Direcției generale a penitenciarelor din cadrul Ministerului de Interne în subordinea Ministerului Justiției, publicată în M. Of. nr. 113 din 16 octombrie 1990 prevede că *„Direcția generală a penitenciarelor din subordinea Ministerului de Interne trece, cu întreg activul și pasivul, în subordinea Ministerului Justiției”*.

² Art. 20 alin. (2) din Constituția României revizuită în 2003.

³ Ioan Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *Constituția României – Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2008, p. 174.

⁴ Ioan Muraru și Elena Simina Tănăsescu, *op. cit.*, p. 174.

⁵ Hotărârea privind Cazul Petra împotriva României (115/1997/899/1.111) din 23 septembrie 1998 publicată în M. Of. nr. 637 din 27 decembrie 1999.

⁶ *Idem*, paragraful 36.

⁷ *Idem*, paragraful 35.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Hotărârea privind Cazul Petra împotriva României (115/1997/899/1.111) din 23 septembrie 1998 publicată în M. Of. nr. 637 din 27 decembrie 1999., paragraful 37.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

Hotărârea sus-menționată a fost unul din semnalele de alarmă care a determinat legiuitorul să procedeze la modificarea reglementării interne. Din această cauză, în anul 2003, prin O.U.G. nr. 56/2003 privind unele drepturi ale persoanelor aflate în executarea pedepselor privative de libertate, Guvernul României abrogă Regulamentul de executare a unor pedepse și a măsurii arestării preventive din 1969 și aliniază practica penitenciară la standardele europene. Încă din art. 1 al ordonanței „*se interzice supunerea oricărei persoane aflate în executarea unei pedepse privative de libertate la tortură, la tratamente inumane sau degradante ori la alte rele tratamente*”. Prevederea se putea regăsi și în Constituția României la art. 22 alin. (2) care prevede că „*Nimeni nu poate fi supus torturii și nici unui fel de pedeapsă sau de tratament inuman ori degradant*”. Deși Legea Fundamentală se caracterizează prin supremație, legiuitorul a ales să reglementeze interdicția și printr-o lege specială pentru asigurarea cunoașterii de către personalul din penitenciare a practicii corespunzătoare aplicabile aceluși mediu. Mai mult, pentru garantarea respectării noilor practici, cadrele militare au dobândit calitatea de funcționar public cu statut special în anul 2004 când a intrat în vigoare Legea nr. 293/2004 privind Statutul funcționarilor publici din Administrația Națională a Penitenciarelor.

2. Legea nr. 275/2006

Ulterior, în anul 2006 a intrat în vigoare Legea nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal, reglementare care asigură o dezvoltare modernă a activității de aplicare a pedepselor privative de libertate, fiind compatibilă cu recomandările europene. Practica penitenciară românească este în acest moment aliniată celei europene prin introducerea unor noi instituții precum cea a judecătorului delegat¹² pentru executarea pedepselor și personalizarea pedepselor privative de libertate.

În reglementarea din 2006 legiuitorul a ales să stipuleze în mod expres principii precum legalitatea executării pedepselor¹³, respectarea demnității umane¹⁴ precum și interzicerea supunerii la tortură, tratamente inumane sau degradante ori la alte rele tratamente¹⁵. Mai mult, legea aduce inovații precum diversificarea regimurilor de executare a pedepselor privative de libertate în: regim de maximă siguranță; regim închis; regimul semideschis și regim deschis¹⁶.

În ciuda modernizării sistemului de executare a pedepsei, România a fost în anul 2008 nevoită să plătească din nou despăgubiri pentru încălcarea art. 3 din Convenție care privește condițiile de detenție, de data aceasta reclamantului Alexandru Bragadireanu¹⁷, suma fiind de 6.500 de euro. Reclamantul a invocat, în special, că prin menținerea sa în detenție, pe fondul gravelor sale probleme de sănătate, și față de calitatea îngrijirilor medicale primite în închisoare, a fost încălcat art. 3 din Convenție¹⁸.

Situația s-a înrăutățit în anul 2009 când până la soluționarea cauzei Gagiș împotriva României, acesta a decedat în cadrul penitenciarului¹⁹. Domnul Traian Gagiș a sesizat Curtea la 23 iulie 1999, procedura luând sfârșit abia la 24 februarie 2009.

Reclamantul susținea că lipsa îngrijirilor medicale corespunzătoare și condițiile de detenție i-au încălcat drepturile garantate prin art. 2 și 3 din Convenție²⁰. Pe baza art. 8 și 34 din Convenție, acesta reclama, de asemenea, refuzul autorităților penitenciare de a-i procura mijloacele necesare pentru a-și susține și continua cererea în fața Curții²¹. În speță, Curtea Europeană pentru Drepturile Omului a condamnat România pentru încălcarea dreptului la viața precum și pentru tratamentele aplicate unui deținut bolnav care a murit în închisoare din cauza faptului că nu a primit îngrijirile medicale necesare.

În anul 2011, prin hotărârea privind cauza Micu contra României, statul a fost obligat la plata altor daune în valoare de 13.200 euro. Motivul a constat în inechitatea procedurii penale împotriva domnului Micu și relele condiții de detenție suferite de acesta în mai multe închisori din România²². Reclamantul a precizat că într-un penitenciar a fost plasat într-o celulă care cuprindea 10 paturi pentru 12 deținuți, fiind obligat să împartă patul cu un alt deținut timp

¹² Prevăzut în art. 6 al Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

¹³ Prevăzut în art. 1 al Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

¹⁴ Prevăzut în art. 3 al Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

¹⁵ Prevăzut în art. 4 al Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

¹⁶ Prevăzut în art. 19 al Legii nr. 275/2006 privind executarea pedepselor și a măsurilor dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

¹⁷ Prin Hotărârea privind cauza Bragadireanu împotriva României (Cererea nr. 22.088/04), definitivă la 6 martie 2008, publicată în M. Of. nr. 369 din 4 iunie 2010.

¹⁸ Hotărârea privind cauza Bragadireanu împotriva României (Cererea nr. 22.088/04), definitivă la 6 martie 2008, publicată în M. Of. nr. 369 din 4 iunie 2010, paragraful 3.

¹⁹ Hotărârea privind cauza Gagiș împotriva României (Cererea nr. 63258/00) definitivă la 24 februarie 2009.

²⁰ *Idem*, paragraful 3.

²¹ *Ibidem*.

²² Hotărârea privind cauza Micu contra României (Cererea nr. 29.883/06), definitivă la 8 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 651 din 13 septembrie 2011, Paragraful 3.

de un an²³. Reclamantul descrie condițiile supraaglomerării celulei indicând aerul irespirabil care ducea la leșinurile frecvente în rândul deținuților²⁴. Acesta reclama și lipsa de apă potabilă timp de mai multe ore zilnic, precum și saltelele vechi de peste 10 ani care constituiau focare de infecție și surse de boli²⁵.

În anul 2012, reclamantii Ghennadii Vartic²⁶ și Iacov Stanciu²⁷ s-au adresat Curții, în două cauze distincte, ambii susținând încălcarea art. 3 din Convenție pentru condițiile de detenție necorespunzătoare din diverse penitenciare în care au fost cazați. În cauza Iacov Stanciu împotriva României, Curtea a observat că statul are o problemă sistemică, și, deși apreciază progresul legislativ din ultimii ani, considerăm că trebuie continuată reforma.

3. Legea 254/2013

Abrogarea Legii nr. 275/2006 pe 1 februarie 2014 prin intrarea în vigoare a Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal nu a adus îmbunătățiri decât de ordin legislativ. În fapt, România a continuat să fie condamnată și în alte cauze pentru încălcarea art. 3 din Convenție privitor la interzicerea torturii. Reformele au fost binevenite, cu toate acestea, practica a lăsat de dorit. În acest context, ne putem pune întrebarea dacă jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului are doar valoare de principiu sau se materializează într-o garanție reală a drepturilor fundamentale. Deși legislația propriu-zisă a suferit modificări, în mare măsură pozitive, studiul atent al condamnărilor României evidențiază că în realitate totul a rămas la nivelul practicii din anii 1948-1989. Hotărârile Curții par trase la indigo, petenții reclamând ani la rând aceleași probleme.

Curtea, prin jurisprudența sa, a impus exigențe sporite, determinate de necesitatea îmbunătățirii condițiilor de detenție a persoanelor private de libertate aflate în penitenciare, în consens cu normele internaționale în materie. Curtea a afirmat însă în mod constant în jurisprudența sa caracterul declaratoriu al deciziilor sale, precizând că rămâne la latitudinea statului alegerea mijloacelor pe care le va utiliza în ordinea sa juridică internă pentru a se achita de obligația care îi revine conform art. 53 din Convenție. Prin urmare, Statului îi incumbă o obligație de rezultat de a lua măsuri de natură să pună capăt violării constatate și să îndepărteze consecințele acesteia, având totodată libertatea de a alege mijloacele la care va recurge pentru a atinge acest rezultat.²⁸

III. Cauzele pilot privitoare la supraaglomerarea și condițiile din penitenciare

1. Italia

În anul 2013, prin cauza pilot *Torregiani și alții c. Italia*, Curtea a stabilit că supraaglomerarea și condițiile din penitenciarele italiene reprezintă o problemă structurală care este incompatibilă cu Convenția Europeană pentru Drepturile Omului. Astfel, „Curtea concluzionează că autoritățile naționale trebuie să instituie rapid o cale de atac sau o combinație de căi de atac care să aibă efecte preventive și compensatorii și care să garanteze realmente o reparație efectivă a încălcărilor Convenției rezultate din supraaglomerarea penitenciarelor din Italia. Calea sau căile de atac trebuie să se conformeze principiilor Convenției, astfel cum au fost menționate mai ales în prezenta hotărâre (a se vedea, printre altele, supra, pct. 50 și 95), și să se instituie în termen de un an de la data rămânerii definitive a prezentei hotărâri (a se vedea, comparativ, *Xenides-Arestis*, citată anterior, pct. 40 și pct. 5 din dispozitiv)²⁹”. Prin urmare, Italia, pe lângă repararea daunelor, a primit pentru prima dată termenul de un an în care să rezolve problema supraaglomerării. Puteam anticipa că România va urma aceeași cale.

2. România

Cum problemele privind condițiile de detenție au supus statul român la plata unor importante și multiple despăgubiri, Curtea a pronunțat o hotărâre pilot pe 25 aprilie 2017 în cauza *Rezmiveș și alții împotriva României*³⁰ prin care decide ca în termen de **6 luni** de la data la care prezenta hotărâre rămâne definitivă România, în colaborare cu Comitetul de Miniștri, să asigure un „calendar clar pentru punerea în practică a măsurilor generale corespunzătoare pentru a soluționa problema supraaglomerării din locurile de deținere și problema condițiilor

²³ Hotărârea privind cauza *Micu contra României* (Cererea nr. 29.883/06), definitivă la 8 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 651 din 13 septembrie 2011 paragraful 51.

²⁴ *Idem*, paragraful 52.

²⁵ *Idem*, paragraful 52.

²⁶ Hotărârea privind cauza *Vartic contra României* (Cererea nr. 12152/05), definitivă la 10 iulie 2012.

²⁷ Hotărârea privind cauza *Iacov Stanciu contra României* (Cererea nr. 35972/05), definitivă la 24 iulie 2012.

²⁸ Hotărârea privind Cauza *Assanidze c. Georgia* (Cererea nr. 71503/01) din 8 aprilie 2004 apud *Gina Ignat*, Autoritatea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului, *Revista Drept – Series Jurisprudentia* revista nr. 10/2007, publicată de Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, 2007, p. 160. Varianta online a fost publicată pe http://www.uab.ro/reviste_recunoscute/index.php?cale=drept_nr10.

²⁹ Hotărârea privind Cauza *Torreggiani și alții împotriva Italiei* (Cererea nr. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 și 37818/10), definitivă la 27 mai 2013, Paragraful 99.

³⁰ Hotărârea privind Cauza *Rezmiveș și alții împotriva României* (Cererea nr. 61467/12, 39516/13, 48231/13 și 68191/13), definitivă la 25 aprilie 2017.

precare de detenție, în conformitate cu principiile Convenției, astfel cum sunt enunțate în prezenta hotărâre³¹”. De asemenea, Curtea a amânat cauzele similare până la adoptarea măsurilor necesare în plan național³².

IV. Măsuri

Măsurile propuse de Curte, la modul general, cuprindeau două categorii: măsuri ce trebuie luate pentru diminuarea supraaglomerării și ameliorarea condițiilor de detenție și măsuri prin care se asigură căile de atac.³³ Printre posibilele soluții realizabile într-un timp atât de scurt s-au numărat: amnistia, grațierea, dezincriminarea precum și compensarea. Cu privire la crearea de locuri de detenție suplimentare, Curtea a reamintit Recomandarea Rec (99)22 a Comitetului Miniștrilor, în care este menționată neîncrederea în această măsură ca fiind o soluție de viabilă întrucât trebuie alocate fonduri în primul rând pentru gestionarea problemei din penitenciarele deja existente³⁴.

1. Amnistie și grațiere

Un prim proiect pentru rezolvarea problemei, la începutul anului 2017 a avut în vedere posibilitatea amnistiei și grațierii. Proiectul a fost contestat iar sindicaliștii din administrația penitenciarelor au atras atenția, fără însă a duce în sprijin studii criminologice aprofundate privind rata recidivei, că un eventual act normativ privind grațierea nu ar rezolva supraaglomerarea din închisori, întrucât 70% dintre potențialii beneficiari ai actului se vor întoarce în închisoare în timpul primului an de la eliberare³⁵.

Problema opiniei publice cu măsura grațierii pleacă de la efectul acesteia: „înlăturarea, în totul sau în parte, a executării pedepsei ori comutarea acesteia în alta mai ușoară.”³⁶ O pedeapsă grațiată va produce aceleași efecte produse de o pedeapsă executată – reprezintă antecedent penal, produce interdicții, incapacități, decăderi, poate forma primul termen al recidivei.³⁷ Prin urmare, cazierul judiciar al persoanei grațiate va conține această informație. Din acest motiv, există șanse ca persoana grațiată să săvârșească o nouă infracțiune pe fondul imposibilității de reintegrare în societate și, în mod special, în câmpul muncii. Amnistia, pe de altă parte, înlătură răspunderea pentru o infracțiune săvârșită.³⁸ În situația în care persoana în cauză nu beneficiază de un program de reintegrare adecvat, riscul revenirii în penitenciar este prezent și în această situație.

Ambele măsuri se întemeiază pe situații social-politice similare și considerente de politică penală identice, având izvorul juridic în acte emanate de la organe ale puterii de stat³⁹. Apar situații când fie săvârșirea unor infracțiuni nu mai reprezintă un pericol social considerabil, fie renunțarea la aplicarea sau executarea pedepsei conduce la restabilirea ordinii sociale și implicit la atingerea scopului normei penale.⁴⁰ Cele două instituții sunt acte de clemență, amnistia reprezentând o uitare, în timp ce grațierea având caracterul iertării.⁴¹ Fiind măsuri ce pot fi luate de organe ale puterii de stat, alegerea dintre cele două trebuie să se bazeze pe impactul avut asupra societății.

2. Recursul compensatoriu

Prin Legea nr. 169 din 14 iulie 2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal legiuitorul a optat într-un final, pentru o altă soluție. Prin introducerea art. 55¹ a fost reglementată *Compensarea în cazul cazării în condiții necorespunzătoare*. Astfel, acesta a stabilit ca, în situația în care executarea pedepsei a avut loc în condiții necorespunzătoare, „pentru fiecare perioadă de 30 de zile executate în condiții necorespunzătoare, chiar dacă acestea nu sunt consecutive, se consideră executate, suplimentar, 6 zile din pedeapsa aplicată”⁴². Prevederea a fost criticată în spațiul public pentru că, prin efectul său de scădere al pedepselor deja aplicate de instanța de judecată, reglementarea este asemănătoare unei grațieri. În continuare, pentru a înțelege mai bine opțiunea legiuitorului, consider că este folositor de expus rațiunea din spatele acestei instituții.

³¹ Dispozitivul hotărârii privind Cauza Rezmiveș și alții împotriva României (Cererile nr. 61467/12, 39516/13, 48231/13 și 68191/13), definitivă la 25 aprilie 2017, paragraful 4.

³² Idem, paragraful 5.

³³ Ruxandra Pașoi și Daniela Mihai, *Hotărârea pilot în cauza Rezmiveș și alții împotriva României în materia condițiilor de detenție*, publicat la 28.04.2017, link: https://www.juridice.ro/507966/hotararea-pilot-cauza-rezmives-si-altii-impotriva-romaniei-materia-conditiilor-de-detentie.html#_ftn1, consultat la 14 februarie 2019.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Julieta Tarnovan, *Sistemul penitenciar, între decizia CEDO și recursul compensatoriu*, publicat la 24 decembrie 2017, link: <https://www.cotidianul.ro/sistemul-penitenciar-intre-decizia-cedo-si-recursul-compensatoriu/>, consultat la 14 februarie 2019.

³⁶ Art. 120 din Legea 286/2009 privind Codul penal publicat în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

³⁷ Raluca Morosanu, *Aspecte controversate în materia grațierii*, Ed. Hamangiu, București 2007, p. 7.

³⁸ Art. 119 din Legea 286/2009 privind Codul penal publicat în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

³⁹ V. Dongoroz (coord.), S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșea, *Explicațiile teoretice ale Codului penal roman*, Volumul II, ed. a II-a, Ed. Academiei Române și Ed. All Beck, București 2003, p. 318.

⁴⁰ Idem, p. 317.

⁴¹ Idem, p. 316.

⁴² Punctul 3 din Legea nr. 169 din 14 iulie 2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicată în M. Of. nr. 514 din 14 august 2013.

În primul rând, este important de reiterat faptul că alegerea legiuitorului de a soluționa problema prin reglementarea grațierii și nu prin amnistie s-a bazat pe scopul ce trebuia atins prin legea menționată anterior, și anume respectarea hotărârilor Curții Europene a Drepturilor Omului privitoare la problemele din penitenciar. Or, în această situație nu putem vorbi despre o uitare din partea societății a faptelor comise, ci despre o iertare a persoanelor condamnate pe fondul suferințelor cauzate prin tratamentele degradante din locurile de detenție.

Grațierea, după cum am menționat anterior, apare ca un act de clemență pe care Statul o acordă celor ce-au fost condamnați⁴³. În speță, măsura adoptată prin Legea nr. 169/2017 se aseamănă prin efectele sale unei grațieri colective și parțiale. Grațierea colectivă este „*acordată pentru o anumită sau anumite categorii de condamnați, așa încât beneficiarii sunt numeroși, dar neindicați nominal*”⁴⁴. Spre deosebire de grațierea individuală, cea colectivă se acordă pe baza unor criterii obiective, precum natura faptelor penale și cuantumul pedepselor. Cu toate acestea, nu este exclusă posibilitatea de luare în considerare a situației persoanelor condamnate pentru a justifica adoptarea acestei variante a actului de clemență.

În fapt, situația din penitenciarele din România a condus la nevoia unei compensări a suferințelor suplimentare suportate de cei condamnați. Prin hotărârea pilot din 2017⁴⁵, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a fost fermă în solicitarea rezolvării urgente a problemei supraaglomerării și a condițiilor de detenție inumane, indicând, totodată, ineficiența constituirii unor locuri noi de cazare. Cum investițiile pentru îmbunătățirea condițiilor de trai din penitenciare ar necesita un timp mai îndelungat decât termenul de șase luni⁴⁶ impus de Curte, grațierea colectivă apare ca fiind printre puținele opțiuni viabile. Trebuie menționat că soluția legislativă este adoptată din motive de celeritate și nu ca o măsură pe termen lung. Pentru cea de-a doua ipoteză există Planul de Acțiune Sectorial pentru Îmbunătățirea Condițiilor de Detenție corespunzător Strategiei de Dezvoltare a Sistemului Judiciar 2015-2020 intrat în vigoare la 01.07.2016. Acesta conține măsuri privitoare la accesul la muncă, accesul la servicii medicale, reintegrare socială și amenajarea spațiilor de detenție.

Grațierea instituită prin Legea nr. 169/2017 este, de asemenea, parțială întrucât “*se înlătură numai o parte din executarea pedepsei pronunțate [...] prin arătarea cuantumului reducerii*”⁴⁷. Reglementarea indică încă o dată că nu s-a dorit o “iertare propriu-zisă”, ci recunoașterea din partea statului că suferințele cauzate de traiul în penitenciar vin în completarea injustă a efectelor pedepsei la care au fost condamnați, fapt ce determină necesitatea unei compensări în acest sens.

Având în vedere cele expuse anterior, măsura grațierii colective parțiale reglementate prin introducerea art. 55¹ în Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal apare ca având un scop dublu: pe de o parte se acordă o compensare persoanelor condamnate pentru suferințele injuste cauzate de condițiile de detenție degradante, iar pe de altă parte se degrevează penitenciarele pentru satisfacerea cerințelor Curții Europene a Drepturilor Omului privitoare la supraaglomerare.

V. Concluzii

Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului a condus la reformarea din punct de vedere legislativ a dreptului execuțional-penal. Cu toate acestea, statul are o obligație de rezultat în garantarea respectării drepturilor fundamentale, ceea ce înseamnă că instanța europeană nu poate obliga la luarea unui anumit tip de măsuri, ci cel mult la sugerarea acestora.

Într-adevăr, din punct de vedere formal, datorită presiunii internaționale s-au asigurat drepturile cuvenite condamnaților referitoare la hrană, cazarmament, vizite, pachete, bani, asistență medicală etc. Li s-a permis deținuților să adreseze sesizări fără nicio restricție oricăror organe de stat sau instituții guvernamentale ori neguvernamentale potrivit interesului lor, au fost umanizate măsurile disciplinare și modul de executare al pedepsei s-a diversificat pentru o reeducare potrivită. Cu toate acestea, practica demonstrează încă o dată că legea nu are valoare dacă nu este și respectată. Principiul umanismului presupune îndreptarea condamnatului și nu urmărește eliminarea acestuia din societate.

Crearea unui mecanism compensatoriu a fost menită să înlăture vătămarea adusă drepturilor garantate prin Convenția Europeană a Drepturilor Omului, fiind consacrat ca remediu și în alte legislații. În ciuda criticilor nefondate din spațiul public, măsura grațierii apare ca singura soluție temporară care să rezolve cu celeritate problemele din cadrul penitenciarelor.

⁴³ V. Dongoroz (coord.), S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșea, *op. cit.*, p. 327.

⁴⁴ *Idem*, p. 328.

⁴⁵ Hotărârea privind Cauza Rezmiveș și alții împotriva României (Cererile nr. 61467/12, 39516/13, 48231/13 și 68191/13), definitivă la 25 aprilie 2017.

⁴⁶ Dispozitivul hotărârii privind Cauza Rezmiveș și alții împotriva României (Cererile nr. 61467/12, 39516/13, 48231/13 și 68191/13), definitivă la 25 aprilie 2017, paragraful 4.

⁴⁷ V. Dongoroz (coord.), S. Kahane, I. Oancea, R. Stănoiu, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, V. Roșea, *op. cit.*, p. 329.

ROLUL JURISPRUDENȚEI CEDO ÎN CONFIGURAREA LEGISLAȚIEI EXECUȚIONAL-PENALE. STUDIU CRIMINOLOGIC

The Role of The ECHR Jurisprudence in The Configuration of Executive-Penal Law. Criminology Study

Aura PREDA*

Rezumat: *Lucrarea analizează jurisprudența CEDO privind condițiile de detenție în închisorile din România, inclusiv supraaglomerarea. Reacția socială a statului la aceste realități, ca urmare a deciziei pilot din aprilie 2017 a CEDO, a generat măsuri care au generat anumite modificări ale drepturilor unor deținuți. Legislația adoptată ca remediu compensatorii care nu a rezolvat problemele cu care se confruntă sistemul penitenciar din România, după cum demonstrează unele date statistice.*

Cuvinte-cheie: *jurisprudența CEDO, supraaglomerarea, drepturile deținuților, căile compensatorii, sistemul penitenciar din România*

Abstract: *The paper analyzes the case law of the ECHR on the conditions of detention in Romanian prisons, including the overcrowding. The social response of the State to these realities, following the April 2017 pilot decision of the ECHR, generated measures that has made changes to some rights of detainees. The legislation adopted as the compensatory remedies that has not solved the problems faced by the prison system in Romania, as some statistical data demonstrate.*

Keywords: *the case law of the ECHR, overcrowding, rights of detainees, compensatory remedies, the prison system in Romania.*

I. Cadrul legislativ

1. Deși enumerarea principalelor Recomandări ale Comitetului de Miniștri al Consiliului Europei, excede oarecum titlului anunțat, apreciem ca utilă aceasta nu numai din punct de vedere cantitativ, ci și calitativ. Ultima perspectivă, cea calitativă, vizează, pe de o parte, multitudinea aspectelor reglementate la nivel european, dar, pe de altă parte, impune standarde pentru legislațiile din țările membre. Astfel, avem în vedere:

- Convenția Europeană a Drepturilor Omului¹;
- Convenția Europeană împotriva Torturii și a Pedepselor sau Tratatelor Inumane sau Degradante;
- Rezoluția (73) 5 privind regulile minime pentru tratamentul deținuților, revizuită inițial în 1987 prin Recomandarea (87) 3, și apoi în 2006, prin Recomandarea (2006) 2 privind regulile penitenciare europene²;
- Recomandarea R (84) 10 privind Reabilitarea și reintegrarea foștilor deținuți;
- Recomandarea R (89) 12 privind Educația în penitenciare;
- Recomandarea R(92) 1819 cu privire la transferul persoanelor condamnate, care încurajează transferul persoanelor condamnate în țara lor de origine pentru facilitarea reintegrării sociale;
- Recomandarea R (93) 620 cu privire la controlul bolilor transmisibile în penitenciare;
- Recomandarea (98) 721 referitoare la problemele de natură etică în ceea ce privește acordarea de îngrijire medicală și tratament pentru deținuți;
- Recomandarea (99) 2222 privind supraaglomerarea închisorilor³;
- Recomandarea (2003) 23 privind managementul de către administrația penitenciarelor a condamnaților pe viață și a celor pe termen lung;
- Recomandarea (2014) 3 privind infractorii periculoși etc.

Cele mai relevante pentru tema propusă sunt Regulile penitenciare europene deoarece acestea fixează principiile fundamentale conturând un cadru general ce trebuie respectat și, deopotrivă, trebuie să inspire și să se regăsească în legislația statelor membre. Ele, regulile au fost modificate de-a lungul timpului sub influența mai multor factori:

- noile realități sociale și politice ale societății contemporane, mai dinamică decât oricând datorită tehnologiilor;
- schimbarea politicilor penale la nivelul statelor membre;
- practicile novatoare ale unor manageri de penitenciare;
- jurisprudența CEDO.

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, e-mail: aurapreda7@yahoo.ro.

¹ <http://www.prisonresearch.ro/rights/wp-content/uploads/Raport-legislatie.pdf>.

² <https://torture-prison.eu/wp-content/uploads/2017/07/Regulile-europene-pentru-penitenciare.pdf>.

³ <http://www.prisonresearch.ro/rights/wp-content/uploads/Raport-legislatie.pdf>.

2. Care este cadrul legal al sistemului penitenciar din România?

Cadrul juridic va lua în considerare, pe de o parte, legislația națională principală și, pe de altă parte, normele juridice secundare.

Legislația națională principală se referă la:

I. Constituția (art. 22) privind dreptul la viață și integritatea fizică și psihică, art. 11 alin. (1) privind dreptul internațional și dreptul național, art. 20 privind tratatele internaționale privind drepturile omului, art. 148 alin. (1), (2) și (3) privind integrarea în Uniunea Europeană);

2. Codul Penal (de exemplu, ancheta abuzivă – fișa 280, supunerea la rele tratamente – art. 281, tortura – art. 282);

3. Codul de procedură penală;

4. Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și măsurilor privative de libertate ale organelor judiciare în cursul procedurilor penale;

5. Legea nr. 169/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor privative de libertate și a măsurilor coercitive impuse de sistemul judiciar în cadrul procedurilor penale;

6. Hotărârea Guvernului nr. 157/2016 pentru aprobarea Regulamentului de aplicare a Legii nr. 254/2013;

7. Hotărârea Guvernului nr. 756/2016 privind organizarea, funcționarea și atribuțiile Administrației Naționale a Penitenciarelor.

Normele juridice secundare privind drepturile și activitățile deținuților includ:

I. Ordinul nr. 1676/C/2010 a ministrului justiției pentru aprobarea Regulamentelor privind siguranța locurilor de detenție din cadrul Administrației Naționale a Penitenciarelor;

II. Ordinul nr. 2199/2011 a ministrului justiției pentru aprobarea Regulamentului privind condițiile de organizare și desfășurare a consilierilor educaționale, culturale, terapeutice, psihologice și asistență socială în penitenciare;

III. Ordinul nr. 429/C/2012 a ministrului justiției privind asistența medicală a persoanelor private de libertate sub supravegherea Administrației Naționale a Penitenciarelor;

IV. Ordinul nr. 1072/2013 al ministrului justiției cu privire la Regulamentul privind asistența religioasă a persoanelor private de libertate aflate în custodia administrației penitenciarelor naționale;

V. Decizia nr. 438/2013 a directorului general al Administrației Naționale a Penitenciarelor pentru aprobarea Metodologiei de acordare a recompensei pentru persoanele aflate în custodia Administrației Naționale a Penitenciarelor pe baza sistemului de credite pentru participarea deținuților la activitățile și programele de educație, asistență psihologică și socială, activitățile lucrative, precum și situațiile de risc;

VI. Decizia nr. 377/2014 a directorului general al Administrației Naționale a Penitenciarelor pentru modificarea Metodologiei privind acordarea de recompense pentru persoanele aflate în custodia Administrației Naționale a Penitenciarelor pe baza Sistemului de Credite pentru participarea deținuților la învățământ activitățile, programele, asistența psihologică și socială, precum și în situații de risc, aprobate prin decizia directorului general al PNA nr. 438/2013;

VII. Strategia națională de reintegrare socială a persoanelor private de libertate 2015-2019, aprobată prin HG nr. 389/2015.

II. Care este jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului – în legătură cu acest domeniu?

Jurisprudența CEDO, incidentă în domeniu, este următoarea:

- în legătură cu încălcarea art. 3 din Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale (interzicerea tratamentului inuman sau degradant):

Anul	Numărul deciziilor pronunțate împotriva României
2011	26
2012	37
2013	33
2014	34
2015	93

Hotărârile care au constatat cel puțin o încălcare a Convenției⁴:

ȚARA	Numărul de hotărâri pronunțate în 2016	Numărul de hotărâri pronunțate în 2017
Rusia	222	293
Turcia	77	99
Romania	71	55
Ucraina	70	82

⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2017_ENG.pdf

Numărul total de cereri în așteptare la data menționată⁵:

ȚARA	30 iunie 2017	1 ianuarie 2018
<i>Ucraina</i>	18 700	<i>7100</i>
<i>Turcia</i>	<i>12 000</i>	<i>7500</i>
<i>Ungaria</i>	<i>10 050</i>	<i>3550</i>
<i>Romania</i>	<i>9 600</i>	9900

III. Care a fost premisa alegerii acestei comunicări?

În dosarul de la CEDO, despre Rezmiveș și alții c. României⁶, în aprilie 2017, găsim că:

– solicitanții, Daniel Arpad Rezmiveș, Marius Mavroian, Laviniu Moșmonea și Iosif Gazsi, sunt cetățeni români care s-au născut în 1970, 1966, 1976 și, respectiv, 1972. Domnii Rezmiveș, Moșmonea și Gazsi, care sunt în prezent deținuți în închisorile din Timișoara, Pelendava și Baia Mare, precum și domnul Mavroian, care a fost reținut în închisoarea Focșani și eliberat la 13 ianuarie 2015;

– Reclamanții s-au plâns, printre altele despre: supraaglomerarea celulelor; insuficiența îngrijirii sănătății și a igienei slabe (prezența șobolanilor și a insectelor în celule, mușgaiul în pereți); calitatea slabă a alimentelor și a echipamentelor; dușuri și toalete cu acces necorespunzător; lipsa iluminatului natural, lipsa ventilației.

– Condițiile de detenție a solicitanților, luând în considerare și durata acestora, i-au supus unor încercări cu o intensitate care depășea nivelul inevitabil al suferinței inerente detenției.

– Condițiile de detenție în mediul penitenciar din România sunt contrare Convenției și fac parte dintr-o disfuncție structurală care impune adoptarea de măsuri generale de către stat.

În consecință, Curtea a considerat că statul ar trebui să instituie:

- 1) măsuri de reducere a supraaglomerării și de îmbunătățire a condițiilor materiale de detenție;
- 2) căi de atac (un remediu preventiv și un remediu compensatoriu specific).

Cu privire la Articolul 46 (forța obligatorie și executarea hotărârilor judecătorești), Curtea a decis să aplice procedura hotărârii-pilot, considerând că situația reclamanților este o problemă generală care rezultă din disfuncția structurală a sistemului penitenciar românesc care persistă, deși fusese deja identificată de Curte în Iacov Stanciu v. România, nr. 35972/05, 24 iulie 2012).

Pentru a remedia acest lucru, statul trebuie să pună în aplicare măsuri generale de două tipuri:

Pe de o parte, statul trebuie să pună în aplicare măsuri de reducere a supraaglomerării și de îmbunătățire a condițiilor materiale de detenție. Curtea lasă părții pârâte să facă, sub controlul Comitetului Miniștrilor, măsurile concrete pe care le consideră necesare în acest scop, precizând că, în cazul în care statul nu este în măsură să garanteze fiecărui deținut condițiile de detenție în conformitate cu art. 3 al Convenției, ea îl încurajează să acționeze în așa fel încât să facă parte din multe persoane încarcerate.

Curtea decide să aplice hotărârea-pilot, considerând că situația reclamanților a fost o problemă generală care provine dintr-o disfuncție structurală în sistemul penitenciar românesc.

Prin urmare, Guvernul României trebuie să ofere, în cooperare cu Comitetul Miniștrilor, în termen de șase luni de la data la care hotărârea devine definitivă, un calendar specific pentru punerea în aplicare a măsurilor generale corespunzătoare.

IV. Care a fost reacția socială a României la recomandările CEDO ?

Astfel, Parlamentul României adoptă, pentru a lua măsurile cerute, Legea nr. 169/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor privative de libertate și a măsurilor coercitive impuse de sistemul judiciar în cadrul procedurilor penale. Conform acesteia, câteva articole trebuie indicate:

Art. 55.1. – Despăgubiri în cazul cazării necorespunzătoare

(1) În calcularea pedepsei efectiv executate, indiferent de regimul de executare a pedepsei, ca măsură compensatorie, și executarea pedepsei în condiții inadecvate, caz în care pentru fiecare perioadă de 30 de zile efectuate în condiții nepotrivite, chiar dacă nu sunt consecutive, se execută și 6 zile de pedeapsă aplicată.

2) În sensul prezentului articol, condițiile necorespunzătoare de cazare a unei persoane în orice centru de detenție din România, care nu îndeplinesc condițiile impuse de standardele europene, sunt considerate inadecvate.

3) În sensul prezentului articol, pedeapsa este considerată inadecvată pentru cazarea în oricare dintre următoarele situații:

⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2018_BIL.pdf.

⁶ <https://www.google.ro/search?q=I%E2%80%99affaire+Rezmive%C8%99+et+autres+c.+Roumanie&oq=I%E2%80%99affaire+Rezmive%C8%99+et+autres+c.+Roumanie&aqs=chrome..69i57j92j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>.

- a) cazare într-un spațiu mai mic sau egal cu 4 metri pătrați pe persoană, calculat, excluzând suprafața grupurilor sanitare și a zonelor de depozitare a alimentelor, împărțind suprafața totală a sălilor de depozit cu numărul de persoane cazate în respectivele camere, indiferent de dotarea spațiului în cauză;
- b) lipsa accesului la activități în aer liber;
- c) lipsa accesului la lumina naturală sau aerul suficient sau disponibilitatea ventilației;
- d) lipsa temperaturii adecvate a camerei;
- e) lipsa posibilității de a folosi toaleta privată și de a respecta standardele sanitare de bază, precum și cerințele de igienă;
- f) existența infiltrării, a umezelii și a mușgaiului în pereții camerelor de detenție.

Pentru a finaliza noul cadru juridic, trebuie să subliniem și:

- Ordinul nr. 2.772/C din 17 octombrie 2017 al ministrului justiției pentru aprobarea normelor minime standard pentru cazarea persoanelor private de libertate.⁷
- Ordinul nr. 2.773/C din 17 octombrie 2017 al ministrului justiției pentru aprobarea situației centralizate a clădirilor care sunt necorespunzătoare în ceea ce privește condițiile de detenție⁸.

Concluzii

Propunem în final, posibile soluții pentru supraaglomerare:

A. Soluții pe termen scurt:

- repararea și completarea infrastructurii penitenciare;
- rearanjarea încăperilor prin transformarea spațiilor cu alte destinații în spațiile de detenție;
- mansardarea penitenciarelor existente (pentru mese, activități educaționale sau profesionale);
- eliberarea condiționată și grațieri colective;
- facilități pentru angajatorii care primesc foști deținuți;
- identificarea unor de case de tranziție după eliberare (pentru prevenirea recidivei);
- eliberarea deținuților din regimul deschis sau semi-deschis în timpul weekend-ului.

B. Soluții pe termen lung (în ordinea cronologică, în care ar putea fi obiective realizabile):

- alocarea fondurilor necesare pentru construirea de noi spații de detenție care să asigure condiții decente (mai 2017 – proiect pentru 2 noi penitenciare: Caracal (P46 – 1000 locuri) și Berceni (P47 – 1000 locuri);
- schimbări la nivelul politicilor penale;
- modificări la nivelul normelor legale;
- parteneriate public-privat;
- penitenciarele private.

Prin problematica actuală și complexă, acest studiu deschide calea către alte cercetări ce se pot realiza fie longitudinal, fie transversal. Avem în vedere un studiu asupra evoluției legislației în materie în raport de Recomandările europene, un alt studiu cu privire la jurisprudența CEDO doar în acest câmp de cercetare, un altul referitor la ce s-a întâmplat cu deținuții eliberați în urma aplicării Legii nr. 169/2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor privative de libertate și a măsurilor coercitive impuse de sistemul judiciar în cadrul procedurilor penale. Ar fi interesant și util de aflat în ce măsură cei eliberați în 2017 au revenit în penitenciare și dacă pentru același tip de infracțiuni sau pentru altele etc.

⁷ http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.http_act?ida=147015

⁸ http://www.cdep.ro/pls/legis/legis_pck.http_act?ida=147016

UNELE ASPECTE ALE EVOLUȚIEI INCRIMINĂRII PRIVIND CRIMINALITATEA ORGANIZATĂ

Some Aspects of The Evolution of Increase in Organized Criminality

Vasile BĂICULESCU*

Rezumat: *Criminalitatea organizată poate avea consecințe directe asupra economiei statelor. În încercarea de a reduce acest fenomen, la nivel internațional au fost încheiate mai multe Convenții în raport de care a fost adaptat inclusiv sistemul legislativ din România. Această lucrare își propune să analizeze metodele aplicate de legiuitorul român pentru a diminua crima organizată.*

Cuvinte-cheie: *grup infracțional, grup structurat, sprijinire, aderare, grup infracțional, entitate teroristă.*

Abstract: *Organized crime may have direct consequences on the economy of the the states. In an attempt to reduce this scourge, at international level, were concluded several Convention in relation to which the Romanian legal sistem was adapted. This article aims to analyze the methods applied by the Romanian legislator to diminish organized crime.*

Keywords: *criminal group, structured group, support, adherence, criminal group, terrorist entity.*

Implicațiile juridico-penale ale criminalității organizate au format obiectul unor dezbateri intense la nivel internațional¹ menite să identifice cele mai adecvate mijloace pentru combaterea asocierilor infracționale a căror activitate conduce, într-o oarecare măsură, la diminuarea economiei naționale a multor state.

Amploarea acestui fenomen nu a rămas neobservată de Asociația Internațională de Drept Penal, care cu ocazia Congresului din anul 1999 de la Budapesta a tratat această temă în încercarea de a identifica, printre altele, metode de cooperare în vederea dezvoltării, implementării sau consolidării luptei împotriva crimei organizate.

Legiuitorul român, chiar dacă mai târziu, a ținut cont de realitățile sociale și a adaptat legislația română la normele internaționale prin ratificarea în Dreptul intern a mai multor convenții.

La data de 23 ianuarie 2003 Parlamentul României a adoptat Legea nr. 39/2003 prin care a fost sancționat, pentru prima oară, *grupul infracțional organizat*², până la acel moment, în legislația internă, existând, ca forme de sancționare ale asocierilor infracționale, infracțiuni precum *asocierea în vederea comiterii de infracțiuni* prevăzută în art. 323 C. pen. 1969, *complotul* prevăzută în art. 167 C. pen. 1969 ș.a.

Legea nr. 39/2003 pretindea ca grupul infracțional organizat să aibă în perspectivă comiterea unor infracțiuni de o gravitate sporită, unele enunțate expres iar altele determinate prin cuantumul minim al pedepsei care trebuia să fie mai mare de 5 ani.

Legiuitorul, prin Codul penal actual, a reunit dispozițiile antemenționate sub egida prevederilor art. 367 C. pen., încercând astfel să renunțe la paralelismul existent între textele care reglementau același gen de fapte, în favoarea unei incriminări cadru – cu posibilitatea menținerii ca incriminare distinctă a asociației teroriste.

Incriminarea din art. 367 Cod penal reprezintă, în parte, corespondentul infracțiunilor de *complot* prevăzută în art. 167 Cod penal 1969, *asociere în vederea comiterii de infracțiuni* prevăzută în art. 323 Cod penal 1969, *inițierea, constituirea, aderarea sau sprijinirea unui grup infracțional organizat* prevăzută în art. 7 din Legea 39/2003³.

Astfel cum am menționat în rândurile de mai sus, au fost menținute dispozițiile prevăzute în art. 35 din Legea 535/2004 potrivit cărora este sancționată *asocierea, inițierea constituirii unei asocieri, aderarea sau sprijinirea* în orice mod al unei asocieri în al cărui scop intră comiterea unor acte de terorism.

* *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: vasile.baiculescu@yahoo.com.

¹ În acest sens au fost încheiate mai multe Convenții Internaționale împotriva criminalității organizate, cum ar fi de pildă Convenția internațională împotriva criminalității transnaționale din anul 2000; Convenția internațională pentru represiunea finanțării terorismului adoptată de către Adunarea generală a Națiunilor Unite în anul 1999; etc.

² Grup infracțional organizat – grupul structurat, format din trei sau mai multe persoane, care există pentru o perioadă și acționează în mod coordonat în scopul comiterii uneia sau mai multor infracțiuni **grave (omor, omor calificat, omor deosebit de grav, sclavia, jocurile de noroc, șantaj, falsificarea de monede sau alte valori, spălarea banilor, traficul de migrant)**, pentru a obține direct sau indirect un beneficiu financiar sau alt beneficiu material; nu constituie grup infracțional organizat grupul format ocazional în scopul comiterii imediate a uneia sau mai multor infracțiuni și care nu are continuitate sau o structură determinată ori roluri prestabilite pentru membrii săi în cadrul grupului;

³ Anda Crișu Ciocântă în Tudorel Toader (coord.) Maria Ioana Michinici, Anda Crișu Ciocântă, Mihai Dunea, Ruxandra Răducanu, Sebastian Rădulețu, *Noul Cod penal – comentarii pe articole*, Ed. Hamangiu 2014 p. 561.

Întrucât Legea 535/2004 reprezintă o formă specială de sancționare față de prevederile art. 367 din Codul penal, ori de câte ori în scopul asocierii infracționale/grupului infracțional intră comiterea unor acte de terorism se vor aplica prevederile art. 35 din legea privind sancționarea actelor de terorism.

Potrivit art. 35 din Legea 535/2004 *fapta de a se asocia sau de a iniția constituirea unei asocieri în scopul comiterii de acte de terorism ori aderarea sau sprijinirea, sub orice formă a unei astfel de asocieri se pedepsește cu închisoare de la 5 la 12 ani și interzicerea unor drepturi, fără a se putea depăși maximul pedepsei prevăzute de lege pentru infracțiunea ce intră în scopul asocierii. Fapta este mai gravă pentru persoana care conduce asocierea teroristă și este sancționată cu pedeapsa închisorii de la 7 la 15 ani și interzicerea unor drepturi.*

Elemente constitutive ale infracțiunii:

Obiectului juridic special asocierea teroristă apără relațiile sociale privind regulile de conviețuire socială, ordinea de drept și liniștea publică,

Obiect material infracțiunea este lipsită de obiect material deoarece activitatea infracțională nu este îndreptată asupra vreunui bun sau împotriva vreunei persoane. Astfel cum în mod corect s-a prevăzut în doctrină⁴ în ipoteza în care grupul infracțional organizat a comis una sau mai multe infracțiuni, obiectul material al acestora nu devine obiect material al infracțiunii prevăzută în art. 367.

Subiecții infracțiunii.

a) Subiect activ poate fi orice persoană fizică cu capacitate de răspundere penală precum și o persoană juridică care poate fi trasă la răspundere din punct de vedere al Dreptului penal;

Constituirea unui grup infracțional organizat este o modalitate a pluralității constituite de făptuitori⁵ fiind necesar ca la săvârșirea acesteia să participe cel puțin trei persoane, în vreme ce inițierea, aderarea sau sprijinirea unui grup infracțional poate fi comisă și de către o singură persoană.

Cei care au aderat sau au sprijinit în orice mod grupul astfel constituit, prin excepție de la regulile comune privind participația ocazională sunt asimilați, autorilor, deși sprijinirea, în esență, este un act de complicitate.

Potrivit regretatului profesor univ. dr. George Antoniu „*complicitatea prin sprijinire nu este posibilă deoarece sprijinirea sub orice formă este asimilată cu săvârșirea ca autor al infracțiunii (...)*”.

b) Subiect pasiv. Statul ca titular general al valorilor sociale ocrotite prin lege.

Latura obiectivă:

Elementul material poate consta în una sau mai multe acțiuni alternative, respectiv *inițiere, constituire, aderare sau sprijinire a unui grup infracțional*.

Prin **inițiere** se înțeleg actele de pregătire săvârșite în scopul racolării membrilor grupului și al convingerii acestora să participe la acțiunile viitoare⁶. Potrivit prof. Viorel Pașca, propunerea neurmată de constituirea efectivă a grupului nu constituie infracțiune.

Prin **constituire** asocierea efectivă a membrilor grupării precum și manifestarea acordului acestora pentru realizarea scopului infracțional;

Prin **aderare** înțelegem alăturarea la grupul infracțional după formarea acestuia.

Prin **sprijinire** se înțelege ajutorul dat sub orice formă grupului infracțional.

Astfel cum s-a susținut în doctrină⁷ elementul material al aceste infracțiuni se poate realiza doar prin acțiune.

Urmarea imediată constă în producerea unei stări de pericol pentru ordinea și liniștea publică, fiind o infracțiune de pericol abstract.

Legătura de cauzalitate rezultă din însăși materialitatea faptei.

Latura subiectivă. Forma de vinovăție specifică acestei infracțiuni este intenția directă.

Mobilul nu prezintă relevanță sub aspectul existenței sau inexistenței infracțiunii, putând să conducă la individualizarea judiciară a sancțiunilor aplicate.

Scopul este necesar ca gruparea infracțională să aibă ca scop comiterea uneia sau mai multor infracțiuni. Cu privire la această chestiune, în practică s-a adresa întrebarea dacă este îndeplinită condiția tipicității infracțiunii de grup infracțional organizat în situația în care infracțiunea care intră în conținutul grupului infracțional organizat a fost dezincriminată?

Fiind sesizată cu dezlegarea unor chestiuni de drept Curtea Supremă a stabilit că „*în ipoteza în care, odată cu intrarea în vigoare a noului Cod penal, infracțiunea care intră în scopul grupului infracțional organizat a fost dezincriminată, nu mai este îndeplinită una dintre trăsăturile esențiale ale infracțiunii, respectiv tipicitatea*”.

⁴ C. Duvac, *Constituirea unui grup infracțional organizat în concepția noului Cod penal*, în Dreptul nr. 1/2013, p. 73.

⁵ Vintilă Dongoroz în V. Dongoroz, S. Kahane, Ion Oancea, I. Fodor, N. Iliescu, C. Bulai, Rodica Stănoiu, *Explicațiile teoretice ale Codului penal român*, Ed. Academiei, 1972, p. 186.

⁶ Viorel Pașca în G. Antoniu, Tudorel Toader (coord.) și colab. *Explicațiile noului Cod penal*, vol. V, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 24.

⁷ *Idem*.

Precizări:

1. Infracțiunea de grup infracțional organizat este o incriminare obstacol, în sensul că în măsura în care se va comite infracțiunea scop se va reține concursul de infracțiuni.

2. Infracțiunea reprezintă una din situațiile excepționale în care legiuitorul a înțeles să sancționeze actele preparatorii prin sancționarea acestora ca infracțiune de sine stătătoare;

3. În practică s-a adresat întrebarea dacă infracțiunile prevăzute în art. 323 Cod penal 1969 și cele prevăzute în art. 8 din Legea 39/2003 își găsesc conținutul în prevederile art. 367 Cod penal ori au fost dezincriminate?. Fiind sesizată cu privire la dezlegarea unor chestiuni de drept, Înalta Curte de Casație și Justiție, **prin Decizia nr. 12/2014**, a stabilit că prevederile art. 323 Cod penal 1969 și art. 8 din Legea 39/2003 se regăsesc în incriminarea prevăzută în art. 367, nefiind dezincriminate.

Sanțiuni:

Potrivit Codului penal, inițierea sau constituirea unui grup infracțional organizat, aderarea sau sprijinirea, sub orice formă, a unui astfel de grup se sancționează cu închisoare de la unu la 5 ani și interzicerea unor drepturi.

În ipoteza în care pedeapsa prevăzută de lege pentru infracțiunea ce intră în scopul grupului infracțional organizat este sancționată de lege cu pedeapsa închisorii mai mare de 10 ani, pedeapsa este închisoare de la 3 la 10 ani.

Persoana care în cursul urmăririi penale înlesnește aflarea adevărului și tragerea la răspundere penală a unuia sau mai multor membrii ai grupului infracțional organizat, beneficiază de reducerea cu ½ a limitelor de pedeapsă.

Cauze de nepedepsire

Nu se pedepsesc persoanele care au inițiat, constituit, aderat ori au sprijinit un grup infracțional organizat dacă denunță autorităților grupul infracțional organizat, **înainte ca acesta să fi fost descoperit și să se fi început săvârșirea vreuneia dintre infracțiunile** care intră în scopul grupului.

Aspecte de ordin procedural penal. Din punct de vedere procesual, grupul infracțional organizat este judecat de către Tribunal iar în cursul urmăririi penale, aceasta se realizează în mod obligatoriu de către procuror.

În concluzie

Flexibilitatea organizațiilor criminale, care au capacitatea de a se adapta și acționa coordonat, pentru obținerea unor tehnologii noi care să le permită continuarea acestui tip de criminalitate, reprezintă o provocare permanentă pentru statele lumii, care, sunt nevoite să adapteze sistemele legislative în raport de metodele nou identificate de către persoanele implicate în astfel de activități infracționale.

Modalitățile crimei organizate au cunoscut noi forme ca urmare a schimbărilor geopolitice, economice și sociale întâlnite la nivelul comunității internaționale, acestea dezvoltându-și în mod îngrijorător aria de aplicabilitate. Aceasta reprezintă un motiv de neliniște pentru o bună parte a statelor lumii dar într-un mod cu totul deosebit pentru acele state care au o economie emergentă, întrucât sistemele legislative ale acestora pot fi, uneori, vulnerabile⁸.

În mod constant, la nivel global, statele urmăresc, fie individual fie la nivel internațional, adoptarea unor sisteme legislative care să conducă la diminuarea criminalității organizate sau în cel mai bun caz la eradicarea acestui fenomen. Cu toate acestea, lipsa unei coordonări legislative între statele Europene sau chiar între statele lumii, poate permite dezvoltarea într-un ritm accelerat a crimei organizate.

Pentru combaterea mai eficientă a criminalității organizate apreciem că este imperios necesară dezvoltarea cooperării judiciare interstatale atât în cadru statelor membre ale Uniunii Europene cât și între statele lumii.

Totodată, apreciem că extinderea competenței materiale a Parchetului European și cu privire la infracțiunile privind criminalitatea organizată săvârșită pe teritoriul statelor membre ale Uniunii Europene poate conduce la creșterea gradului de eficiență în ceea ce privește combaterea criminalității organizate.

⁸ Damian Miclea, *Combaterea Crimei Organizate – evoluții, tipologii, legislație, particularități*, vol. I, Ed. Ministerului Administrației și Internelor, 2004, p. 6.

SANȚIONAREA TERORISMULUI ȘI RADICALIZĂRII ÎN SCOP TERORIST – UN COMPROMIS AL MARILOR SISTEME DE DREPT

Sanctioning Terrorism and Radicalization – A „Compromise” of Great Legal Systems

Viorel GHEORGHE*

Rezumat: *Realități tot mai pregnante ale unei societăți aflate în plin proces de auto-identificare, terorismul și radicalizarea suscită, din ce în ce mai acut, îngrijorări ale lumii, reclamându-se necesitatea imediată de descifrare a mecanismelor declanșatoare interne ale actelor de valență comisivă, dar și a soluțiilor socio-juridice de control și de eradicare a acestor fenomene. Incertitudinile prezentului sunt construite pe motivarea următoarelor semne de întrebare și preocupare socială:*

Pot avea rol determinant în diminuarea sau eradicarea celor două fenomene, identificarea unor conținuturi legale de valență unitară?

Pot fi armonizate principalele sisteme juridice contemporane înspre combaterea acestor fenomene?

Sunt întrebări născute din necesitate obiectivă, într-un context internațional deosebit de complex și volatil, cu provocări asimetrice și amenințări hibride¹ tot mai difuze, însă tot mai prezente.

Cele două fenomene reprezintă amenințări majore la adresa securității internaționale, un pericol la adresa valorilor democratice, a drepturilor și libertăților cetățenești, cu tendințe de extindere semnificative, astfel că, în contextul juridic existent, ținând cont de difuzia modalităților de manifestare, raportat la identificarea unor opțiuni juridice de control și sancționare firești, apreciez că o abordare complexă-la nevoie, chiar explicativă-din această perspectivă, este de absolută necesitate.

Cuvinte-cheie: *sistem juridic, terorism, radicalizare, cutumă, securitate.*

Abstract: *More and more prominent realities of a society in the process of self-identification, where terrorism and radicalization increasingly acutely worrying the world, claiming the immediate need for deciphering the internal trigger mechanisms of comisual valency acts, but and socio-legal solutions is needed to control and eradicate these phenomena. The uncertainties of the present are built on the motivation of the following questions and social concern:*

Can they play a determining role in diminishing or eradicating the two phenomena, identifying legal contents of unitary valence?

Can the main contemporary legal systems be harmonized to combat these phenomena?

There are questions arising from objective necessity, in a particularly complex and volatile international context, with asymmetric challenges and hybrid threats² increasingly diffused, but increasingly present.

The two phenomena represent major threats to international security, a threat to democratic values, citizens' rights and freedoms, with significant enlargement tendencies, so that in the context of the existing jury, taking into account the diffusion of the modalities of manifestation related to the identification of some legal options for control and sanctions, I appreciate that a complex approach – if necessary, even explanatory – from this perspective, is absolutely necessary.

Keywords: *legal system, terrorism, radicalization, custom, security.*

1. Argumentum

Actualul context internațional, provocările din interiorul mediului de securitate internațional și variabila dimensiune a dreptului, oferă, poate mai mult ca oricând, motive întemeiate pentru aducerea în discuție, în scopul identificării unor răspunsuri la probleme de drept, în directă legătură cu lipsa unei strategii juridice internaționale pentru sancționarea terorismului și radicalizării în scop terorist³, problema unei construcții juridice unitare. Cu

* Doctor în drept, Expert național TAIEX, personal didactic asociat invitat al UNAp; e-mail: viorelgheorghe@yahoo.com.

¹ Caracterul hibrid al unei amenințări trebuie conceptualizat, cel puțin, din două planuri: organizațional, prin faptul că apelul la amenințările hibride nu reprezintă voința exclusivă a actorilor non-statali. Dimpotrivă, unele state utilizează amenințarea hibridă atunci când situația și condițiile o impun. Apoi, prin metodele combinate (convenționale și neconvenționale) utilizate de beligeranți.

² *The hybrid character of a threat has to be conceptualized at least from two organizational levels: the fact that the appeal to hybrid threats is not the exclusive will of non-state actors. On the contrary, some states use the hybrid threat when the situation and conditions impose it. Then, by combined methods (conventional and unconventional).*

³ Dintre formele definițiilor existente, pot fi menționate: cea regăsită în Decretul privind Prevenirea Radicalizării Violente și a Terorismului Domestic (SUA, 2007), unde radicalizarea reprezintă procesul de adoptare sau promovare a sistemului de credință extremist cu scopul de a facilita violența ideologică pentru schimbare politică, religioasă sau socială. Termenul este folosit prin raportare subiectivă, discutabilă, la contextul radicalismului islamic, însă este valabil, de asemenea, în cazul mișcărilor militante cu o gamă variată de ideologii (a se vedea, în acest

siguranță, problematicile menționate sunt de stringentă actualitate, cu atât mai mult cu cât, de o perioadă importantă, lumea este nevoită să sufere de pe urma efectelor generate de cele două crime, cu unele din cele mai importante pericole sociale cunoscute astăzi.

De relativ recentă popularitate, radicalizarea în scop terorist este percepută de autor ca un element ce concurează în ecuația perfidă a terorismului, un „satelit natural” al acestui fenomen. Social, și incontestabil, ambele forme de amenințare asimetrică⁴ își găsesc originile în tumultul istoriei, a frământărilor și evoluției religiei, ideologiei, filosofiei religioase, în inegalitățile sociale, dar și în lipsa fermă de reacție socială la acestea, statele lumii mulțumindu-se în a le sancționa, prin diverse instrumente juridice interne. Nu este mai puțin adevărat că, asemenea terorismului, în cazul radicalizării, avem de-a face cu o întreagă paletă de documente programatice, luări de poziție, texte legale, mai mult sau mai puțin aplicate de către statele lumii.

Considerăm că este momentul să conchidem că, în spiritul definiției *ius est ars boni et aequi*, avem nevoie de un acord al statelor asupra unor concepte juridice comune, solide, în mod neechivoc aplicabile principalelor sisteme de drept: romano-germanic, de common-law și tradițional islamic (*fiqh*), atât de necesar pentru sancționarea celor două activități criminale.

Realitatea arată că, în lipsa unității de acțiune, terorismul și radicalizarea nu pot fi diminuate, cu atât mai mult, să fie eradicate. De aceea, consider că realizarea unei metodologii de acțiune la nivelul instituțiilor de aplicare a legii, dublată de texte comune agreeate, pentru sancționarea unitară a terorismului și radicalizării în scop terorist rămân singurele soluții viabile.

Însă aici justiția internațională se confruntă cu următorii factori obiectivi:

- specificul fiecăruia din sistemele de drept contemporane;
- lipsa unei definiții universale a faptelor de terorism și radicalizare.

Pentru a identifica soluția – spune autorul „de compromis” – pentru că este un compromis, este necesar să se stabilească reperele unei asemenea soluții juridice. Iată de ce articolul are vocația științifică, novatoare, de a oferi cititorului o abordare completă a dimensiunii acestei idei.

2. Elemente comparative ale sistemelor de drept contemporane, prin perspectiva celor două fenomene

2.1. Sistemul de drept romano-germanic

Sistemul de drept romano-germanic este bazat pe sistemele francez (Codul civil francez, adoptat în anul 1804) și germanic (Codul civil german, adoptat în anul 1896), la care se adaugă împrumuturi din alte spații europene, precum Spania, Italia, Olanda.

Este unul dintre cele mai vechi sisteme de drept, ocupând un loc însemnat în lumea contemporană, constituind un „creuzet” în care au fost testate multe concepte juridice moderne, fiind astăzi răspândit atât în Europa, cât și în state din America Centrală și de Sud (într-o măsură mai mică în Canada și Statele Unite), precum și în Asia și Africa.

Coagularea sistemului romano-germanic s-a realizat pe perioada mai multor secole, timp în care s-a desăvârșit simbioza unor fonduri normative diferite, producând, în final, un drept nou, modern, care opinăm că și-a demonstrat utilitatea pe parcursul unei perioade îndelungate, cu efecte benefice pentru societate.

În specificitatea acestei familii juridice, se ține cont de faptul că:

- este un drept eminamente scris;
- norma de drept este codificată;
- izvoarele dreptului este ierarhizat printr-un sistem unic;
- divizarea dreptului în public, privat, precum și divizarea lui pe ramuri;
- supremația Constituției, ca lege fundamentală a statului, alături de cea a codurilor penal, civil, procedural penal și civil etc.

În sistemul juridic descris, este garantată supremația normei de drept dictată de textul actelor internaționale (convenții, tratate etc.) pe care statele le ratifică, în detrimentul legislației interne, așa după cum doctrina joacă un rol important atât în procesul de elaborare a legilor, cât mai ales în activitatea de aplicare a acestora (interpretarea legii).

Așadar, în familia romano-germanică este caracteristică schema sistemului ierarhic al izvoarelor de drept. Ținând seama că acest sistem de drept este divizat, în genere, între drept public și privat, se poate spune că, dreptul public face

sens, recentul caz al australianului Brenton Tarrant, care a ucis 50 de persoane, la data de 15.03.2019, sub motivația unei „colonizări musulmane a Europei”, temă specifică extremei drepte, un alt „Manifesto”, similar celui lui Anders Behring Breivik).

Definiția dată în spațiul UE: „fenomenul prin care anumite persoane care aderă la anumite puncte de vedere, opinii și idei pot fi determinate să comită atentate teroriste”. De asemenea, în accepțiunea europeană, procesul de radicalizare este unul „specific, multidimensional, dificil de abordat, ce poate implica aspecte precum factori personali, circumstanțiali, ideologici”.

⁴ De ce asimetrice? Sunt caracterizate prin lipsa unei delimitări concrete, mai exact extinderea teatrului confruntării la dimensiune globală; printr-o largă paletă acțională, prin utilizarea omului ca armă și mijloc de luptă (ex. terorismul suicidal), de multe ori prin surprindere și lipsă aparentă de coordonare. A se vedea, în acest sens, și opinia lui POULIN Thomas, în exprimată în articolul „Les guerres asymétriques: conflits d'hier et d'aujourd'hui, terrorisme et nouvelles menaces”, regăsit și la adresa electronică <http://www.grotius.fr/guerres-asymetriques/>, p. 1.

referire la acele ramuri și instituții care determină orânduirea statală, este normativ pentru activitatea organelor statale și relațiile individului cu statul, pe când, cel privat, ramurile și instituțiile care sunt implicate în bunul mers al relațiilor dintre indivizi.

Terorismul și radicalizarea sunt fenomene complexe, în permanentă schimbare, prin alegerea motivațiilor, tacticilor și metodelor criminale, finanțarea și celelalte mecanisme suport, alături de alegerea țintelor, sunt în continuă evoluție, astfel, generând o serie de dificultăți în procesul de combatere a acestora. În plus, una din caracteristici este caracterul transnațional (planificarea, executarea de acte materiale pe teritoriile mai multe state) care impune cooperarea efectivă în materie penală la nivelul statelor implicate, astfel încât, astăzi ne găsim în fața unei dificultăți efective legate de multiple cauze (ex. instituția extrădării, culegerea informațiilor de pe teritoriul diverselor state, rolul informației în cadrul probelor și admisibilitatea acestora). Din perspectiva științei dreptului ne manifestăm convingerea că ambele fenomene reprezintă activități criminale cu semnificativ pericol social, deosebite prin caracteristici și modalitățile sancționatorii, amenințări globale, reclamând contracarare unitară. La nivelul acestui sistem de drept în cadrul marii ramuri a dreptului public-abordarea teoriei preventive și sancționatorii a terorismului și radicalizării trebuie să conducă la crearea acelor condiții juridice și politice în care să domine interesul public major și nu cel al specificităților statale.

2.2. Sistemul de drept *common law*

Sistemul de *common law* este o construcție juridică importantă, contemporană, aplicabil, în prezent, în Marea Britanie, dar și în afara acesteia (Statele Unite ale Americii, Australia, Canada).

Cunoașterea și aplicarea acestui sistem normativ poate părea dificilă. De ce? Pentru că sistemul *common law* este sinteza unei evoluții îndelungate, dificilă, a unor circumstanțe speciale, cu precădere, întâlnite în teritoriile Marii Britanii de astăzi, reprezentând, nimic altceva, decât produsul unei culturi juridice cu totul diferită de cea regăsită în Europa. Sistemul are la bază precedentul juridic, în opinia juriștilor, sub raport tehnic, fiind foarte diferit față de sistemele denumite „continentale”, greu accesibil, deoarece presupune un salt într-o mentalitate și o tradiție juridică profund deosebită de cea cu care majoritatea statelor Europei sunt obișnuite.

Common law se caracterizează tocmai prin lipsa unui sistem legislativ codificat, prin lipsa unor acte normative de o importanță majoră pentru sistemul continental (ex. Codurile penal, civil, comercial, cele de procedură etc.).

Astăzi, se identifică o oarecare apropiere a acestui sistem de drept de celălalt mare sistem, anterior descris, cu deosebire în domeniul dreptului penal.

În contextul în care, astăzi, ambele fenomene dezbătute nu sunt unitar reglementate și sancționate, în lipsa unei legislații cuprinzătoare privind terorismul și radicalizarea în scop terorist, cu o abordări universale dar unitare, nu putem decât să ne mulțumim cu „definiții” provizorii, statale. Acest fapt a generat inițiative naționale prin care statele și-au elaborat propriile definiții regăsite, de obicei, în dreptul lor penal, cazurile fiind soluționate, de cele mai multe ori, pe referiri la diverse precedente.

Filosofia admisibilității celor două fenomene se bazează pe concepte care sfidează forța unei definiții juridice simple și directe.

Prin urmare, (doar) pentru a răspunde propriilor necesități, statele au elaborat diverse definiții ale fenomenelor la care fac referire, regăsite, de obicei, în legislația penală internă. Este tocmai *trigger*-ul care îndeamnă la formularea întrebării: lipsa definițiilor legale ale celor două amenințări asimetrice, ne poate duce la concluzia potențialei existențe a unor convergențe sau divergențe între diversele sisteme de drept, când ne referim la terorism și radicalizare?

Evaluarea majorității conținuturilor legale, respectiv, a explicațiilor, în legătură cu pericolul social generat de aceste fenomene concură la ideea conform căreia, mai degrabă, aveam de-a face cu o convergență, tot mai multe voci clamând, așa după cum am enunțat, necesitatea sancționării unitare a celor două activități criminale.

Fie că ne referim la argument, fie că vorbim de motivarea deciziei, cel puțin la nivelul precedentului juridic există dorința și speranța de a consfinți o univocitate a raționamentului juridic.

Iată, suntem martorii unui deziderat juridic asupra unui normativ comun în privința fenomenelor terorismului și radicalizării în scop terorist cu o bază – principiul de a nu realiza un construct juridic însoțit de îndoială ori ambiguitate în privința completitudinii textului legal. Este un fapt cert: terorismul și „satelitul” acestuia, radicalizarea în scop terorist, aduc și generează multă suferință și pagube, iar din perspectivă religioasă, cât și morală, lumea ajungând să-și ridice vocea, solicitând măsuri categorice, asupra celor două manifestări antisociale actuale.

Principalele critici aduse normativului circumscris celor două amenințări asimetrice, existent în spații cu orientare bazată pe precedent juridic, sunt concentrate pe ideea existenței posibilității generării „abuzului de putere” din partea subiectului pasiv primar, statul. De aici, modalitatea în care, la nivel social și normativ, sunt asigurate definiții care pot genera ulterior, efectul covârșitor în determinarea domeniului general aplicabil textului legal. Astfel, fundamentul normativ va avea implicații asupra modalității în care instanțele vor interpreta și aplica textul la cazuri concrete, știut fiind faptul că, la nivelul jurisdicțiilor de drept comun, statusul și interpretarea legală, în cadrul unui proces, sunt în măsură să constituie, la un moment dat, însăși legea.

Sigur, în această situație, viitorul normativ, va ține cont de specificul și apropierea culturale, regăsite în țările unde funcționează acest sistem. Deoarece ne confruntăm cu inexistența unor definiții globale a celor două fenomene, statele au capacitatea de a hotărî asupra fiecăruia din conținuturile legale.

În orice caz, termeni, precum violență extremă, cauză politică, religioasă, identitară, sectară, rasială, ideologică etc., sunt regăsiți în definițiile actuale ale celor două fenomene, din legislațiile americană, britanică, irlandeză, canadiană.

Între caracteristicile acestui sistem, sunt de menționat:

- exercitarea legislației extinse privind cele două crime la nivel jurisdicțional;
- existența, la nivel statal, a unor „liste” cu entități teroriste.

Sistemul anglo-saxon recunoaște pericolele sociale generate de cele două crime ca fiind unele din cele mai grave, cu un puternic impact social, generatoare de moarte, vătămări corporale grave, traume psihice, amenințări grave la adresa valorilor societății.

În mare majoritate, viziunea normativă a legiuitorului se concentrează pe premeditarea faptelor, influențând lumea prin șoc, nesiguranță statală.

Cu toate acestea, criticile definițiilor regăsite se concentrează îndeosebi pe dificultatea colectării dovezilor obiective, cu deosebire, în zona procedural penală, așa explicându-se de ce, până la momentul redactării articolului, de exemplu, sistemul american a rămas „descoperit” în privința motivației celor două fenomene. Pe de altă parte, aceeași legislație se manifestă prin introducerea actului deliberat, urmărit, cu scopul imprimării unui comportament specific unui guvern, prin distrugere/omor în masă, asasinare, răpire etc.

Din studiul comparativ a unor cazuri de terorism și radicalizare în scop terorist, este relevant faptul că sistemul a cărei radiografie o parcurgem dezvoltă, în genere, principii de drept similare, consecvente, pe când, în contextul în care principiile juridice sunt inconsistente, diferite, jurisprudența, în aceste jurisdicții, tinde spre divergență.

Mai mult, este dedus faptul că, în unele din cazurile studiate, apelul la dreptul internațional este, adesea necesar și esențial pentru a decide problemele juridice în dreptul intern, aici, sistemul de drept anglo-germanic dovedind serioase probleme, cu precădere, în privința respectării principiului legalității, situație în care s-au înregistrat numeroase referiri la inexistența unor garanții adecvate care să se îndrepte spre protejarea drepturilor și libertăților omului, ale împiedicării abuzurilor organelor statului, mai ales, în sensul în care s-a stabilit că fenomenele în atenție, adesea, sunt beneficiarele elementului transnațional și internațional.

O altă esențială concluzie este aceea că, în cazul SUA, instituția președintelui este chemată să respecte și să garanteze respectarea legilor războiului, alături de Codul întrunit al justiției militare, respectiv, textul art. 3 al Convenției de la Geneva din 1949, a regulilor și preceptelor Ligii Națiunilor.

În fața acestor motive, deducem că nu există persoană care să se poată prevala de limitele principalelor libertăți constituționale, astfel că, indiferent de situația în care SUA se pot afla (ex. cazul unui război) garanțiile constituționale pentru libertățile fundamentale sunt de nedepășit.

A ține cont de implicațiile din politica externă, relevante într-o situație punctuală, poate fi tocmai condiția pertinentă și rezonabilă înspre determinarea chestiunilor esențiale de drept, cu atât mai mult, în cazul implicațiilor și efectelor terorismului și radicalizării în scop terorist.

Într-un procent deloc de neglijat al cazuisticii penale referitoare la terorism, instrumentată și dezbătută în state cu legislație anglo-saxonă, este reclamată starea de neclaritate și conciziune a textelor legale, reținându-se caracterul *vag* și *excesiv*⁵. În mod evident, situația este în măsură să conducă la vulnerabilizarea libertății de exprimare, a celei de asociere, a noțiunii de proces echitabil.

Din parcurgerea acestor probleme, întâlnite în sistemul de drept *common law*, este indiscutabil, aplicarea legii este neunitară, cu atât mai mult în cazul celor două fenomene sociale de referință. Mai mult, în cultura specifică juridică, pot fi întâlnite expresii cu totul nefericite, inoportune, inacceptabile, ce relevă ușurință și însemnate carențe culturale primare (ex. unul din președinți a declarat că vizează învingerea „terorismului islamic radical”, expresie neinspirat aleasă, emotivă, încărcată de ecou vindicativ răzbunător, inutil aplicării dreptului).

2.3 Sistemul de drept tradițional islamic

Fie și din rațiuni doctrinare, civilizația islamică ni se înfățișează, deopotrivă, ca un spațiu în care s-a născut civilizația, dar și cu o tradiție închistată în privința drepturilor omului, cel mult, o civilizație în perpetuă opoziție cu cea creștină. Efect al oricărei civilizații, gândirea juridică, trebuie înțeleasă prin raportare la întregul fenomen care i-a dat naștere. Așa se întâmplă și în spațiul arabo-islamic, cu atât mai mult, cu sistemul de drept ce diriguiește viața în acest areal. Deși este apreciat că nu va putea susține, în mod real, competiția cu celelalte două sisteme de drept, islamul este, totuși, primordial, o religie, apoi un stat, o comunitate (*Al Umma al Islamiyya*) și, nu în ultim rând, spațiu cultural. Islamul, prin excelență, nu reunește o biserică și nu are sacerdoțiu, oricine putând săvârși cultul. În islam

⁵ Conf. James C. Simeon, în articolul „The Evolving Common Law Jurisprudence Combatting the Threat of Terrorism in the United Kingdom, United States, and Canada”, în ed. electronică a publicației Laws, vol. 8, nr. 1, regăsită și la adresa electronică www.mdpi.com/2075-471x/8/1/5/htm.

viața religioasă întâlnește elementul politic, dar este reglementată de instituții care sunt, în același timp, norme juridice, în special, cei cinci „stâlpi ai credinței”: *as-salāt* (cultul rugăciunii canonice); *az-zakāt* (dania rituală, pomana legiuită), *as-sawm* (postul Ramadanului), *al-hajj* (pelerinajul), *aș-șahāda* (jurământul sau crezul în islam care constă în repetarea formulei „Nu există alt Dumnezeu în afara lui Allah și Mahomed este trimisul său”). Nu se încurajează asceza însă este acceptată deosebirea socială, cu excepția Umma, unde toți sunt egali.

Viața religioasă în islam gravitează în jurul conceptului de contract, generând o morală de aceeași natură. Noțiunea de îndatorire morală este străină islamului, care nu cunoaște decât o îndatorire juridică, având ca obiect precis „respectarea drepturilor lui Dumnezeu” (datorii fundamentale) și a „drepturilor omului” (dreptul penal).

În lumina acestei concepții normative, tradițional cutumiare, faptele omului se împart în cinci segmente: „neutre”, „recomandate” sau „nerecomandate”, „obligatorii” și „cele care merită pedepsite”. Învățătura Profetului Mahomed va isca numeroase interpretări ce vor da naștere rupturii între principala ramură, *sunnismul* (majoritară), întemeiat pe *Coran* și *Sunna* (trad. „viața și spusele Profetului”) și *șiiism*, ce se revendică de la primul calif Ali, considerat „adevărat”. Imediat apariției, islamul a cunoscut o diversitate fascinantă de secte și școli, adesea opozabile prin specific, reguli și valori, menită a influența și normativul circumscris.

Coranul s-a dovedit a fi o operă teologico-juridică incompletă ce nu putea face față expansiunii societății musulmane, dar care continuă să fie apreciată drept revelată și infailibilă. Astfel, a fost nevoie să apară *Sunna*, o culegere de *hadith* (trad. „spuse” datând din vremea Profetului sau a companionilor săi) constituind „practica tradițională”, acea tradiție legată de viața și activitatea lui Mahomed.

Un *hadith* cuprinde două elemente esențiale: *textul* și *baza* sa, care exprimă lanțul de transmițeri succesive de la Profet, până în secolul al IX-lea, când au fost alcătuite culegeri de asemenea texte. Verificarea autenticității unui *hadith* este aproape imposibilă, la fel, numărul lor, multe fiind chiar contradictorii.

Al treilea izvor, *idjmaa* (trad. acordul unanim al comunității credincioșilor) este menit a asigura unitatea de interpretare a textelor sacre, în lipsa unei autorități religioase supreme. *Idjmaa* este fundamentată pe un *hadith*: „Comunitatea mea nu va cădea niciodată de acord asupra unei erori”. Și pe un text din *Coran*: „Cel ce urmează o altă cale decât a dreptcredincioșilor va merge în Iad”. Practic, ea poate fi cunoscută după tratatele marilor jurisconșulți.

În sfârșit, *idjtihadul* (trad. strădania sau efortul creator de drept), a fost generat de evoluțiile înregistrate în societatea islamică, determinând oamenii de știință la chestionarea propriei rațiuni pentru a soluționa cauzele ivite.

Metoda cu ajutorul căreia are loc *idjtihadul*, *qiyas* (trad. raționament prin analogie), cuprinde patru elemente:

1. **Rădăcina** (prescripția), existentă în *Coran* sau în *Sunna*, de la care pornește raționamentul;
2. **Ramura** (aspectul litigios);
3. **Cauza**, clară, inteligibilă, necontrazisă de *Coran*, *Sunna* sau *idjmaa*, ce trebuie să fie dovedită;
4. **Judecata**

În momentul actual, *Coranul* și *Sunna* reprezintă exclusiv, baze istorice, *idjtihadul* a fost întrerupt în secolul al IV-lea al *Hegira*, când poarta efortului creator (trad. *bab-el-idjtihad*) a fost închisă, singura bază dogmatică a dreptului musulman rămânând *idjmaa*.

Dreptul canonic (trad. „*fiqh*”), conform *Dicționarului explicativ al limbii arabe*⁶, este tradus prin „a atinge desăvârșirea după un studiu aprofundat, a înțelege esența, a acumula toată știința dintr-un anumit domeniu (ex. religie, limbă etc.)”. *Fiqh Al-Sunna*⁷ sau *Al-Fiqh Al-Islami* reprezintă știința care se ocupă cu însușirea și cunoașterea aprofundată a prevederilor practice și aplicative ale Constituției (*Sharia*), extrase din *Coran* și *Sunna* (viața și spusele Profetului) ca dovezi, care servesc bază de legiferare.

*Legiferarea*⁸ pură, din punct de vedere religios, reprezintă rezultatul unei inspirații divine adresate Profetului, reflectată în *Coran*, *Sunna* sau *Ijtihad* (Strădania), considerând că misiunea Profetului a fost limitată la a transmite cuvântul lui Allah și de a releva oamenilor *Coranul*. Din perspectiva aspectelor vieții *Legiferarea* (spre exemplu, justiție, politică și război) se realizează prin consultare, așa după cum a rostit Mohammed și așa cum a procedat în întreaga sa viață consultându-se cu companionii săi.

În cadrul principiilor de bază ale jurisprudenței islamice, sunt regăsite:

– *interzicerea cercetării aspectelor ipotetice până când ele nu vor avea loc*: „Credincioșilor, nu întrebați despre lucruri, care în cazul în care vi se vor arăta vă vor aduce neplăceri, dar dacă veți întreba atunci când *Coranul* este relevant, vi se vor arăta, dar Allah vă va ierta fiindcă este iertător și blând”⁹;

– *evitarea multitudinii întrebărilor și complicarea situațiilor, îndepărtarea de la divergențe, mai ales că pot aduce daune credincioșilor musulmani*, așa după cum *Coranul* enunță: „Aceasta este comunitatea voastră fiind și unită”¹⁰;

⁶ Mai multe informații, în textul regăsit la adresa electronică <http://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar>.

⁷ Mai multe informații, în textul regăsit la adresa electronică <http://fatwa.islamweb.net>.

⁸ Apud Feqh Al-Sunna, Al-Saied Sabeq, Dar Al-Feth Lil Ilam Al-Arabi, volum I, p. 11-14.

⁹ *Ibidem*, surat Al-Maida, versetul 101.

¹⁰ *Ibidem*, surat Al-Muminun, versetul 52.

– *rezolvarea oricăror contradicții prin referirea la Coran și Sunna*. Un element care deosebește gândirea juridică islamică este neprecizarea în Coran a sancțiunii care intervine în situația încălcării unei norme de conduită prevăzută în Cartea sfântă. Aparent, s-ar putea vorbi de norme juridice imperfecte, însă, dacă ne amintim că preceptele au un caracter juridico-religios dual, urmarea încălcării normei este căderea în starea de păcat, pedeapsa fiind aplicată la *Judecata din apoi* (unde, probabil, nu există circumstanțe atenuante ori exoneratoare).

Lipsa unei discipline riguroase este o altă caracteristică a dreptului islamic, lipsind diviziunile specifice celui european. Juristul musulman are viziunea dreptului său ca fiind alcătuit din soluții de speță, evitând generalizarea sau definiția.

Inadaptabilitatea dreptului cutumiar islamic a determinat dezvoltarea ficțiunilor juridice și a fraudei la lege. Pentru a înțelege mai bine dreptul islamic, prin perspectiva celor două crime, este remarcată împărțirea infracțiunilor în trei categorii:

- *omuciderea sau rănirea intenționată*, ce dădea dreptul la răzbunare și care, în unele cazuri, putea fi înlocuită prin răscumpărare;

- *rănirea neintenționată*, caz în care are loc o tranzacție bănească;

- *delictele*, care fac obiectul celor cinci pedepse canonice: *furtul* (pedepsit prin tăierea mâinii drepte), *tâlhăria* (pedepsită cu moartea), *adulterul* (pedepsit cu o sută de lovituri de bici, indiferent dacă vinovatul este bărbat sau femeie, dar în asemenea condiții încât pedeapsa putea fi rar aplicată în întregime fără a duce la moartea condamnatului), *învinierea falsă de adulter*, *apostazia* și *consumul de băuturi alcoolice*. Delictele mai puțin grave erau pasibile doar de o mustrare aspră.

Legea se face de către *cadi*, cu rol de judecător și notar, pronunțând sentințe în toate problemele legale. *Cadiul* poate delega o parte din prerogativele sale unor *cadii* de grad inferior și magistraților locali. El îi judecă pe împiriciți, în baza ritului căruia îi aparțin. În marile orașe există un *cadiu* pentru fiecare rit, *șiiții* refuzând întotdeauna să fie judecați conform regulilor *sunnite*.

Funcției de judecător canonic i s-a juxtapus funcția de judecător laic: reprimarea delictelor mărunte și a celor a căror pedeapsă nu era prevăzută de Lege a fost încredințată unui „prefect de poliție” ce se bucură de o putere discreționară.

Șiiții – a două mare ramură islamică – recunosc *imam*-ul drept singura autoritate competentă pentru a stabili modul de interpretare a legii.

În pofida divizării lumii musulmane actuale, islamul continuă să reunească un mozaic de națiuni nevoite să se adapteze noilor cerințe ale vieții contemporane, ce le zdruncină din temelii edificiul juridico-religios. În fața expansiunii civilizației europene și a mondializării, este și va fi dificil de acceptat că aceste precepte mai mult religioase, neavând prea mare legătură cu știința dreptului, să supraviețuiască altfel decât în mod izolat sau vremelnic, acolo unde rațiunea a lăsat loc dezumanizării.

*Fatwa*¹¹ desemnează un proces rațional, cognitiv, cu dublu sens: primul sens este a dezvălui o opinie, a prezenta un mod de gândire sau un parcurs pentru a ajunge la o concluzie printr-o manieră logică și clară, iar al doilea, este tinerețe, ceea care emană forță și determinare.

O altă diferență majoră între *Fatwa* și hotărârea judecătorească apare din punctul de vedere al consecințelor pe care le generează cele două. *Fatwa*, odată emisă, se răspândește și poate fi îmbrățișată de un număr nelimitat de persoane din întregul spațiu islamic, pe când o hotărâre judecătorească nu poate trece, de obicei, de granița instanței, și privește direct persoanele în cauză.

În privința celor două fapte criminale, raportat la scopul articolului, consider că sistemul tradițional islamic împărtășește ideea sancționării, prin raportare la valorile sociale periclitate, respectiv, viața (valoare fundamentală, universală), atingerea (insulta) adusă valorilor religioase proprii și statalitatea, valori consfințite prin cele patru mari școli jurisprudențiale recunoscute: hanefită, malekită, shaafită, hanbalită.

3. Concluzii

Necesitatea unei strategii juridice eficiente, dusă în scopul reprimării acestor fapte privitoare la securitatea internațională, trebuie să constituie deziderat major, în sensul garantării, societății și sistemului de aplicare a legii, a unor texte juridice clare, indubitabile, cu importanță definitorie, pe segmentul prevenirii amenințărilor de factură asimetrică, cu deosebire a terorismului și radicalizării.

Cele două fenomene, prin amploare și recrudescență, reclamă modificări substanțiale, de noutate în planul sancționator cât și al modelelor de prevenție. În privința elementului reprimării normative, autorul consideră că gradul de insidare a acestor fenomene la nivelul societății este semnificativ, în creștere, odată cu conștientizarea existenței acestor manifestări ale nonconformității sociale, reclamându-se necesitatea adaptării mecanismelor legale de intervenție. Legătura de cauzalitate dintre violența teroristă și radicalizarea în acest scop este fără echivoc, cele două fenomene fiind întâlnite, de multe ori, în concurs.

¹¹ Mai multe informații, în textul regăsit la adresa electronică www.alifta.net.

Existența unei abundențe a definițiilor legale ale celor două fenomene nu este în măsură să contribuie la realizarea scopului universal al dreptului acela de unitate dintre normă și raport juridic.

Realizarea unor definiții legale universale ale terorismului și radicalizării reprezintă o problemă de consens internațional, de compatibilitate între cele două viitoare definiții ce vor fi adoptate și respectarea principiilor statului de drept, în deplin respect față de valorile ce definesc fiecare sistem de drept. Astăzi, confruntându-ne cu asemenea amenințări, profitând de lacunele și de lipsa consensului sistemului juridic internațional, apreciez că este de datoria noastră în a identifica instrumentele potrivite pentru a se opune noului „hostes humani generis”. Ca orice măsură pro-activă, demersul poate începe cu un acord asupra termenilor și valorilor, etapă suficientă pentru evitarea vulnerabilizării drepturilor și libertăților cetățenilor, a grupuri și indivizi și suficient de cuprinzătoare pentru a le implica în totalitatea lor.

Pe segmentul important al reprimării sociale, poate fi agreată concluzia potrivit căreia gradul de difuzie a acestor fenomene este intrinsec dependent de cel al conștientizării necesității adaptării mecanismelor legislative și instituționale de intervenție. În accepțiune proprie, raportul dintre violența teroristă și radicalizare este unul perpetuu, ciclic, fiecare din fapte regăsindu-se în completarea celeilalte.

Iată, asemenea constatări și concluzii vin să susțină-încă o dată de mai era nevoie-eficiența unui demers consensual în abordarea normativă a fenomenelor studiate, un pas fundamental în conștientizarea utilității unor definiții comun agreeate, implicit, în formarea unei culturi juridice corespunzătoare, atât pentru cei chemați să aplice legea, utilă, deopotrivă, întregii societăți.

Este recunoscut că, din punct de vedere istoric, opiniile de factură tehnică, pe marginea elaborării unor definiții universal acceptate a terorismului și radicalizării în scop terorist au generat profunde semne de întrebare cu privire la rațiunile politice, antrenate în formularea acestor definiții, cu precădere la nivelul formulelor de incriminare (texte normative). Trebuie s-o spunem că, ultimii ani, s-a constatat o apropiere a societății internaționale în a stabili, de justțe comună, necesitatea incriminării celor două fenomene și introducerea acestora în categoria crimelor speciale împotriva drepturilor omului, a statului, împotriva politicii pașnice, a păcii internaționale și securității. Un consens în privința valorilor vulnerabilizate prin consumarea celor două fapte este în măsură să antreneze progrese notabile în etapa definirii juridice. Credem că o definiție juridică unanimă a celor două amenințări asimetrice va încuraja armonizarea politicilor penale, reducând astfel diferențele de tratament juridic dintre state. Mai mult, definițiile ar contribui la stabilirea acțiunilor în justiție și la armonizarea proceselor de extrădare pentru infracțiunile circumscrise viitorului cadru legal. Asemenea definiții ar putea, de asemenea, sprijini fundamentarea excluderii subiecților activi ai crimelor de la statutul de refugiat, în cazul în care cele două fapte se vor încadra în categoria infracțiunilor grave, fără conotații politice, și vor fi în măsură să satisfacă cerințele comunitare de a aduce teroriștii în fața justiției, fără a renunța la aplicarea corectă a principiilor dreptului, indiferent cărui sistem juridic ne raportăm.

Apreciem că o cercetare profesionistă – nu exclusiv teoretică – a cauzelor sociale ale celor două fenomene, trebuie să constituie una din părțile obligatorii unei strategii de combatere a acestor amenințări.

Proportional, statele lumii trebuie să se asigure și să garanteze că autoritatea judecătorească, împreună cu celelalte instituții de aplicare a legii și serviciile de informații, își desfășoară activitatea imparțial, fără a depăși planul juridic și constituțional, prin urmare, să garanteze respectarea drepturilor și libertăților fundamentale, proporțional cu cea a asigurării securității interne și internaționale.

Iată un deziderat pe care autorul nădăjduiește ca fiecare stat să dorească să-l implementeze la nivelul legislației proprii, în pofida recrudescenței celor două activități criminale.

RECIDIVA ÎN PROGRESUL REGLEMENTĂRIILOR DREPTULUI PENAL

The Relapse in The Progress of The Criminal Law Regulations

Constantin TĂNASE*

Rezumat: Pornind de la faptul că știința criminologiei se înscrie în conceptul extins de „științe penale”, aceasta nu este o știință normativă. Contribuția criminologiei la progresul dreptului penal nu vine decât indirect din jurisprudența și interpretarea legilor penale și procesual penale ci mai ales din opțiunile pe care studiul aprofundat al criminalității le oferă în planul reglementării unor instituții fundamentale ale științelor penale sau în elaborarea unor strategii eficiente de politică penală. Ilustrăm aceasta abordare cu cercetările noastre privind fenomenul de recidiva.

Cuvinte-cheie: criminologie, recidivă, recidivism, reiterare, recurs compensatoriu, prevenire.

Abstract: Starting from the fact that science of criminology is part of the broad concept of „criminal science”, it is not a normative science. The contribution of criminology to the progress of criminal law comes only indirectly from the jurisprudence and interpretation of criminal and procedural criminal laws, but also from the options that the in-depth study of criminality offers in order to regulate some fundamental institutions of criminal sciences or in the elaboration of efficient criminal policy strategies. We illustrate this approach with our research on the phenomenon of relapse.

Keywords: criminology, relapse, recidivism, repetition, compensatory appeal, prevention.

1. Tema aleasă urmărește să tragă un semnal de alarmă asupra unui fenomen deosebit de grav căruia, oricât ar părea de surprinzător, literatura de specialitate din țara noastră nu i-a acordat suficientă atenție¹. Recidiviștii, sunt cei care constituie, potrivit, de altfel, estimărilor destul de hazardate, după opinia unor prestigioși criminologi între 50% și 70% din clientela penitenciarelor. Este dovada clară a eșecului societății contemporane de a limita și mai ales a preveni acest fenomen². România nu face excepție în materie de recidivă. În intervalul 2000-2016, în cele mai optimiste statistici furnizate de Institutul național de Statistică, procentul recidiviștilor din totalul persoanelor condamnate definitiv de instanțele judecătorești se situează între 5,41% (cea mai mică valoare, anul 2016) și 13,72% (cea mai mare, anul 2008)³. Din datele furnizate de Administrația Națională a Penitenciarelor, procentul recidiviștilor se situează între 38,74% (cea mai mică valoare, în anul 2000) și 48,36% (cea mai mare valoare, în 2006) din totalul persoanelor încarcerate⁴, aceștia reprezintă „nucleul dur” al infractorilor acestei țări.

Din problematica extrem de complexă cu care această temă provoacă cercetarea științifică, m-am oprit, nu întâmplător, asupra însuși **conceptului de recidivă**.

În plan conceptual există deosebiri esențiale între dreptul penal, mai cu seamă între sistemul de drept romanist din care face parte și dreptul penal român și criminologie.

În doctrina penală din țara noastră, profesorul Vintilă Dongoroz arată că există „recidivă atunci când o persoană, care a fost definitiv condamnată sau care a executat o condamnare definitivă, săvârșeste, ulterior, o nouă infracțiune”⁵.

Majoritatea autorilor folosesc mai ales sintagma de **stare de recidivă** care exprimă pe plan juridico-penal o situație de fapt când un individ comite din nou o infracțiune după ce a fost condamnat definitiv sau după ce a executat o pedeapsă în baza unei condamnări definitive. Această sintagmă apare mai ales în doctrina care consacră teoria potrivit căreia recidiva reprezintă o formă a pluralității de infracțiuni, în care situația de fapt privește pe infractor⁶, teorie îmbrățișată și de doctrina din țara noastră și consacrată în legislație.

* Doctorand, domeniul Criminologie; Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); e-mail: constantin.tanase2013@gmail.com.

¹ Dan Banciu, Sorin M. Rădulescu, Vasile Teodorescu, *Tendințe actuale ale crimei și criminalității în România*, București, Ed. Lumina Lex, București, 2002; Gh. Mateuț: *Recidiva în teoria și practica dreptului penal*, Ed. Lumina Lex, București, 1997.

² Denis Szabo, *Le criminel d'habitude: aspects criminologiques*, McGill Law Journal, vol. 13, 1967, p. 614.

³ Conform datelor statistice furnizate de Institutul Național de Statistică și a analizelor proprii întreprinse pe baza datelor statistice <https://statistici.insse.ro/shop/>.

⁴ Conform analizelor proprii întreprinse pe baza datelor statistice furnizate de Administrația Națională a Penitenciarelor. – <https://89.32.46.17/web/anp-sediu/raport-activitate>.

⁵ V. Dongoroz, *Drept Penal*, op. cit., p. 350.

⁶ I. Fodor, în Vintilă Dongoroz, Siegfried Kahane, Ion Oancea, Iosif Fodor, Nicoleta Iliescu, Constantin Bulai, Rodica Stănoiu: *Explicații teoretice ale Codului Penal Roman, vol. I, Partea generală*, Ed. Academiei, București, 1969, p. 253.

Codul penal nu oferă o definiție clară a recidivei ci ne arată în capitolul V, Unitatea și pluralitatea de infracțiuni, art. 41 că:

(1) Există recidivă când, după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsa închisorii mai mare de un an și până la reabilitare sau împlinirea termenului de reabilitare, condamnatul săvârșește din nou o infracțiune cu intenție sau cu intenție depășită, pentru care legea prevede pedeapsa închisorii de un an sau mai mare.

(2) Există recidivă și în cazul în care una dintre pedepsele prevăzute în alin. (1) este detențiunea pe viață.

(3) Pentru stabilirea stării de recidivă se ține seama și de hotărârea de condamnare pronunțată în străinătate, pentru o faptă prevăzută și de legea penală română, dacă hotărârea de condamnare a fost recunoscută potrivit legii⁷.

În literatura de specialitate se arată că atât din punct de vedere teoretic cât și practic există o diferență nu numai calitativă ci și cantitativă între cel care săvârșește o singură infracțiune și gradul de pericol social al celui care a săvârșit două sau mai multe infracțiuni⁸.

În acest al doilea caz, făptuitorul perseverează în activitatea infracțională ceea ce îl face mai periculos pentru societate.

În alte legislații găsim, mai ales cele care aparțin sistemului de Common Law, definiții mult mai largi și întrucâtva mai apropiate de cele cu care criminologia operează.

Astfel, evocându-l pe Wilkins, reputatul criminolog canadian prof. Pierre Landreville⁹ arată că „există aproape tot atâtea definiții ale recidivei, câte sisteme legislative avem, și ceea ce este și mai adevărat, că există tot atâtea definiții ale recidivei câte studii despre recidivă există”.

Într-adevăr, încă de la apariția sa, criminologia a încercat să își dezvolte propriile concepte, posedând astăzi ca știință autonomă, un aparat conceptual propriu. Nu întâmplător, capitolul din criminologie care a impus în mod evident multe concepte noi este cel dedicat studiului infractorilor care perseverează în activitatea infracțională.

În criminologia anglo-saxonă conceptele cele mai des utilizate sunt acelea de *intensive offender* în raport de *intermittent offender*. Potrivit lui Jeffrey¹⁰ primul reprezintă cam 33% din populația criminală, cel de al doilea în jur de 66%. Aceste concepte au fost lansate în cadrul unor studii pe grupuri restrânse de infractori sub sintagma mai generală de „career criminals”¹¹.

Studiile cu privire la acest tip de infractor, și avem în vedere mai ales cele realizate de soții Glueck, de Wolfgang și de Ohlin, folosesc mai ales sintagma de „carieră criminală”.

În criminologia contemporană conceptul de *re-offender* sau de *re-convicted* este mult mai uzitat și preluat și de criminologia europeană. După opinia mea acestea sunt concepte a căror accepțiune este mult mai largă, decât conceptul de infractor recidivist.

În dezbaterile recente din Franța „un condamnat va fi considerat ca recidivist în sens larg îndată ce o nouă infracțiune comisă după o condamnare respectivă este sancționată”. În această optică, eventualele condamnări ce ar urma nu intră în contabilizarea ratei recidivei ci numai prima în sensul că „reîntoarcerea la justiție determină starea de recidivă”¹². De altfel în codul penal francez este reglementată și „reiterarea”.

Iată că sferile nu coincid, este o definiție mult mai largă și poate că ar fi bine să ne gândim dacă și în dreptul penal nu ar trebui să revedem puțin conceptul de recidivă și să-l lărgim, deoarece infractorii periculoși sunt toți cei care repetă faptele nu numai cei care, așa cum prevede Codul Penal Român „îndeplinesc” anumite condiții.

Același lucru îl putem discuta și în legătura cu **termenul de infractor primar și infractor recidivist**. Am putea să reflectăm la o tipologie mai diversificată a infractorului care „repetă” fapta sau faptele în sensul că orice persoană care comite o infracțiune după ce a fost condamnat, fără nicio restricție privind condițiile și termenii prevăzuți de legislația actuală, să fie considerat recidivist iar multi recidivistul să constituie o figură juridică aparte.

Acesta este în fond tipul cel mai periculos de infractor față de care se impun a fi luate sancțiuni mult mai severe.

2. Un alt domeniu în care criminologia poate aduce o contribuție foarte importantă este acela al **prevenirii fenomenului de recidivă**. Studiile ample realizate mai peste tot în lume, cu excepția, din păcate a României, ne pot face să înțelegem mai bine indicații foarte prețioase, dacă sistemul nostru sancționator sau sistemul nostru de reeducare funcționează sau nu. Avem multe exemple de modul în care rezultatele cercetărilor criminologice influențează pe de o parte reglementările juridice și pe de altă parte elaborarea unor politici penale eficiente.

M-aș opri la un exemplu care mi se pare foarte interesant, acela al „Observatorului pentru recidivă” din Franța care oferă informații prețioase cu privire la elaborarea unei politici penale bazate pe o cunoaștere reală a fenomenului infracțional.

⁷ Ministerul Justiției, *Codul Penal*, ediție oficială, Monitorul Oficial, 2014 februarie, p. 15.

⁸ *Op. cit.*, p. 254.

⁹ Pierre Landreville, *La recidive dans l'évaluation des mesures penales*, in *Deviance et societe*, 1982, Vol. 6, No 4, p. 375 cu referire la L. T. Wilkins, *Evaluation of penal measures*, N.Y. Random House, 1969, p. 12.

¹⁰ C. Ray Jefferey, C. Ray Jeffery, *Criminology-An Interdisciplinary Approach*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, New Jersey, 1990, *op. cit.*, p. 389.

¹¹ *Idem* care citează studiul făcut de Rand Corporation (Petersilia și al. 1977).

¹² Ministère de la Justice, *op. cit.*, p. 3.

Pe lângă cercetările desfășurate la nivel academic, prin decretul 28 din octombrie 2009, s-a înființat Institutul National de Securitate și Justiție (INHESJ). La 1 ianuarie 2010 s-a creat și Observatorul National privind delincvența și răspunsurile penale (ONDRP) plasat sub responsabilitatea primului ministru.

Ambele instituții dar mai ales acela al Observatorului au ca scop acela de a „formula propuneri utile pentru dezvoltarea cunoașterii științifice a fenomenelor criminale, a activității serviciilor de securitate și a răspunsurilor penale și de a ameliora performanța creării de politici publice în materie de prevenire, reinserție și luptă contra recidivei”.

Edificatoare pentru aceste preocupări sunt și unele luări de poziții ale unor senatori francezi care subliniau „slăbiciunea datelor statistice privind parcursul persoanelor care se aflau în custodia justiției (sous main de justice) și care împiedică astfel o evaluare fiabilă și obiectivă a sistemului penitenciar francez”.

În acest sens, la inițiativa senatului, legea privind penitenciarele, în art. 7, a prevăzut să se încredințeze unui observator independent, culegerea și analiza datelor privind infracțiunile, executarea deciziilor judecătorești în materie penală, a recidivei și a reiterării. Acest observator are responsabilitatea de a elabora un raport anual privind „rata recidivei și a reiterării”. Aceasta sarcină ar reveni aceluiași organism menționat mai sus ONDRP, instituit prin decret al consiliului de stat nr. 2009-1321 din 28.10.2009. Observatorul, are sarcina de asemenea să organizeze vizite sau audii cu scopul de a mobiliza toate competențele dobândite de către toți actorii de teren și de către cercetătorii din Franța sau din țările europene partenere.

Centralizarea datelor pentru evaluarea fenomenului privește datele juridice și orice date statistice și analize ale fenomenului în cadrul diferitelor discipline implicate: criminologie sociologie, psihologie etc.

3. În ultima perioadă s-au exprimat diferite opinii despre Legea nr. 169 din 14 iulie 2017 ce privește mult mediatizatul „recurs compensatoriu” care vine să modifice și să completeze legea 254 din 2013 cu privire la executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate. Astfel art. 55 al legii precizate arată că „*pentru fiecare perioadă de 30 de zile executate în condiții necorespunzătoare, chiar dacă acestea nu sunt consecutive, se consideră executate, suplimentar, 6 zile din pedeapsa aplicată*”. De prevederile acestei legi au beneficiat toate persoanele încarcerate, fără să se țină cont de infracțiunea comisă, de gravitatea acesteia, de starea de recidivă a celor încarcerați, aceștia fiind eliberați odată ce calculul zilelor petrecute în *condiții inumane de detenție* le-a permis eliberarea. Mulți specialiști, printre care și ministrul Justiției, au susținut că rata de recidivă a celor eliberați este mică, alții s-au grăbit să spună că aceasta este mare, un lucru este sigur, toate aceste informații nu sunt elocvente în lipsa unor studii criminologice aprofundate care să privească o perioadă de timp semnificativă și un eșantion reprezentativ. Pentru o mai mare acuratețe a datelor este necesar să fie realizate studii pe eșantioane cât mai mari de persoane și este necesară o perioadă de timp de cel puțin 3 ani de la aplicarea legii recursului compensatoriu pentru a obține o vedere de ansamblu a ceea ce a însemnat aceasta lege din punct de vedere social, dacă cei eliberați s-au întors în penitenciare recidivând, infracțiunile pe care le-au comis cei care au fost reîncarcerați, dacă ea a produs sau nu efectele scontate și dacă reforma în sistemul penitenciar a avut un prim succes. Din punctul meu de vedere, ținând cont de studiile pe care le-am efectuat cât și datorită faptului ca mi-am exercitat profesia o bună perioadă de timp în sistemul penitenciar, tind să cred că nu se poate reforma un sistem subfinanțat, în care angajații au drepturi mai puține decât persoanele încarcerate, tind să cred că degeaba eliberam înainte de executarea pedepsei infractorii dacă aceștia se întorc în aceleași condiții de detenție. Paradoxal este faptul că deși nu ne-a impus nici un organism internațional noi am ales această strategie în condițiile în care Curtea Europeană a Drepturilor Omului doar ne-a sugerat luarea anumitor măsuri de îmbunătățire a condițiilor de detenție care să asigure un trai decent în penitenciarele din România. Fără a minimaliza această cerință firească nu putem însă să ometem că de atare condiții nu beneficiază nici persoanele din azilurile de bătrâni, nici copiii din centre de plasament. Pragul de sărăcie continuă să fie ridicat în rândul populației și tot atât de ridicat este și riscul criminogen. Pentru a diminua criminalitatea și mai ales fenomenul recidivei este necesar în primul rând să cunoaștem cauzele și pe această bază să construim strategiile de prevenire. Altfel, totul, devine improvizație, experimente mai mult sau mai puțin reușite, iar penitenciarele vor fi din ce în ce mai aglomerate.

PRINCIPIUL NEMIJLOCIRII ÎN DREPTUL PENAL ROMÂN

Principle of Immediacy in The Romanian Criminal Law

Nicolae BĂBEANU*

Rezumat: *Principiile procesului penal reprezintă baza sistemului de drept românesc și nu numai. Principiile ce se regăsesc în legislația noastră sunt regăsite și în toate sistemele de drept ale altor state. Ele izvorăsc din legea fundamentală a țării, Constituția României dar sunt regăsite și în legislația internațională cum ar fi Convenția Europeană a Drepturilor Omului și în Carta Drepturilor Fundamentale ale Uniunii Europene.*

Cuvinte-cheie: *nemijlocire, principiu, cod procedură penală.*

Abstract: *The principles of the criminal trial are the basis of the Romanian law system and not only. The principles found in our legislation are found in all other countries' law systems. They stem from the fundamental law of the country, the Constitution of Romania but are also found in international law such as the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union.*

Keywords: *objection, principle, criminal procedure code.*

I. Noțiunea și sistemul principiilor fundamentale

1. Noțiune

Noțiunea de principii fundamentale ale procesului penal reprezintă regulile care au un caracter general și care guvernează întreaga desfășurare a procesului penal. Principiile fundamentale ale procesului penal sunt prevăzute în Partea generală a codului de procedură penală, Titlul I, denumit generic Principiile și limitele aplicării legii procesual penale, cu mențiunea că, în acest titlu, nu sunt enumerate toate principiile de drept penal ci doar principiile fundamentale care stau la baza acestuia.

2. Sistemul principiilor fundamentale

Procesul penal român este guvernat de următoarele principii fundamentale:

- A. legalitate;
- B. oficialitate;
- C. aflarea adevărului;
- D. prezumția de nevinovăție;
- E. rolul activ al organelor judiciare;
- F. garantarea libertății individuale și a siguranței persoanei;
- G. respectarea demnității umane;
- H. garantarea dreptului la apărare;
- I. egalitatea persoanelor în fața legii și a organelor judiciare;
- J. nemijlocirea desfășurării în fața organelor judiciare;
- K. desfășurarea în limba oficială;
- L. operativitate.

În codul penal anterior aceste principii erau denumite generic reguli de bază.

II. Clasificarea principiilor

1. Principiul legalității procesului penal (art. 2 C. pr. pen.) este o redare a principiului general al legalității, prevăzut în art. 1 alin. (5) din Constituția României. Acest principiu îl regăsim atât în faza de urmărire penală cât și în faza de cercetare judecătorească. În mod normal acest principiu ar fi trebuit să se regăsească și în cea de-a treia fază a procesului penal, executarea pedepselor, având în vedere faptul că punerea în executare a hotărârilor penale are la bază norme legale, norme pe care le regăsim în Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal.

Pe cale de consecință, întregul proces penal nu se poate realiza în afara legalității.

2. Principiul separației funcțiilor judiciare (art. 3 C. pr. pen.). Acest principiu are la bază funcțiile judiciare și delimitarea strictă a acestora, ele fiind incompatibile.

Funcția de urmărire penală este exercitată de către organele de urmărire penală, procuror și organele de cercetare penală, organe judiciare care au obligația de a administra probe atât în defavoarea suspectului sau inculpatului cât și în

* *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); *Avocat*, Baroul Prahova; e-mail: avocat.babeanu@yahoo.com.

favoarea acestuia pentru a se constata, fără nici un dubiu, dacă există sau nu temeiuri pentru ca o persoană să fie trimisă în judecată.

Funcția de dispoziție asupra drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanei în faza de urmărire penală este exercitată de judecătorul de drepturi și libertăți cu excepția cazurilor prevăzute de lege. Asupra măsurii arestării preventive sau arestării preventive la domiciliu nu se poate pronunța decât judecătorul de drepturi și libertăți sau instanța de judecată.

Funcția de verificare a legalității trimiterii ori netrimiterii în judecată este exercitată de judecătorul de cameră preliminară. Judecătorul de cameră preliminară reprezintă un organ judiciar nou creat în legislația noastră, creat cu scopul de a aplica principiul separației funcțiilor judiciare în procesul penal. Judecătorul de cameră preliminară este judecătorul care, în cadrul instanței, verifică, potrivit competenței, legalitatea trimiterii în judecată, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor procesuale de către organele de urmărire penală, soluționează plângerile împotriva soluțiilor de urmărire sau netrimitere în judecată, precum și alte situații prevăzute de lege.

Așadar, judecătorul de cameră preliminară este cel chemat să ofere, prin exercitarea atribuțiilor sale, garanțiile necesare pentru respectarea deplină de aplicare a noului principiu al separării funcțiilor judiciare în procesul penal¹.

3. Principiul prezumției de nevinovăție (art. 4 C. pr. pen.). Conform acestui principiu orice persoană este nevinovată până la stabilirea vinovăției sale printr-o hotărâre penală definitivă. Totodată, cel care aduce învinuirea respectiv organul de urmărire penală, are obligația de a dovedi în mod cert vinovăția suspectului sau inculpatului, în caz contrar orice îndoială a organelor judiciare profitând suspectului sau inculpatului.

4. Principiul aflării adevărului (art. 5 C. pr. pen.). Conform acestui principiu, organele judiciare au obligația de a administra probe atât în defavoarea inculpatului cât și în favoarea acestuia pentru aflarea adevărului cu privire la acuzațiile aduse. Acest principiu este întregit de principiul loialității administrării probelor cu bună credință, atât la cererea părților cât și din oficiu. Încălcarea acestui principiu este sancționat, pe de o parte cu nulitatea/excluderea probelor iar pe de altă parte cu tragerea la răspundere a organelor judiciare care au încălcat acest principiu.

5. Principiul ne bis în idem (art. 6 C. pr. pen.)

Conform acestui principiu, nicio persoană nu poate fi urmărită penal, judecată sau condamnată de două ori pentru aceeași faptă.

6. Principiul obligativității punerii în mișcare și a exercitării acțiunii penale (art. 7 C. pr. pen.). Conform acestui principiu procurorul este obligat să pună în mișcare acțiunea penală când există suficiente probe din care să rezulte săvârșirea vreunei infracțiuni. Înainte de a pune în mișcare și de a exercita acțiunea penală, procurorul are obligația de a verifica dacă nu există vreunul dintre cazurile care împiedică punerea în mișcare a acțiunii penale, cazuri prevăzute expres în cuprinsul art. 16 C. pr. pen. În cazul în care există cauze care împiedică punerea în mișcare a acțiunii penale, procurorul renunță la exercitarea acțiunii penale prin soluțiile de clasare sau renunțare la urmărirea penală.

7. Principiul caracterului echitabil și al termenului rezonabil al procesului penal (art. 8 C. pr. pen.). Conform acestui principiu, organele judiciare au obligația de a exercita faza de urmărire penală sau judecata cu respectarea tuturor garanțiilor procesuale ale subiecților procesuali precum și de respectare a drepturilor acestora. Scopul acestui principiu este acela ca orice persoană care a săvârșit o faptă penală să fie trasă la răspundere într-un termen rezonabil respectiv, că nicio persoană nevinovată să nu fie pedepsită.

8. Principiul dreptului la libertate și siguranță (art. 9 C. pr. pen.). Acest principiu fundamental este o transpunere directă a art. 23 din Constituția României care are rolul de a garanta dreptul oricărei persoane la libertate și siguranță, stabilind faptul că orice măsură privativă sau restrictivă de libertate reprezintă o excepție iar starea de libertate reprezintă regulă. Orice măsură restrictivă sau privativă de libertate dispusă în mod nelegal trebuie revocată iar persoana supusă unei astfel de măsuri în mod nelegal are dreptul la repararea pagubei suferite.

Totodată, acest principiu obligă organele judiciare să aducă la cunoștința persoanei acuzate motivele care au dus la luarea măsurii privative, măsură ce poate fi contestată de către persoana în cauză.

9. Principiul respectării dreptului la apărare (art. 10 C. pr. pen.). Acest principiu vizează dreptul la apărare, dreptul de a avea un avocat precum și informarea suspectului sau inculpatului cu privire la acuzația adusă și a faptului că acesta are dreptul de a nu da nicio declarație fără a suferi consecințe juridice în acest sens. Dreptul la apărare reprezintă tot o garanție a procesului penal, acest drept neputând fi îngrădit sau exercitat cu rea-credință.

10. Principiul respectării demnității umane și a vieții private (art. 11 C. pr. pen.) Conform acestui principiu exercitarea oricărei acțiuni ce derivă din urmărirea penală sau din faza de judecată trebuie făcută cu respectarea demnității umane. Acest principiu garantează respectarea vieții private, inviolabilitatea domiciliului și a corespondenței.

11. Principiul respectării limbii oficiale și a dreptului la interpret (art. 12 C. pr. pen.). Conform acestui principiu procesul penal nu poate fi derulat decât în limba oficială, română. Părțile care nu vorbesc sau nu înțeleg

¹ Iordache M., *Camera preliminară în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014.

limba română au dreptul la un interpret atât în fața organelor judiciare cât și în legătură sa cu avocatul în vederea pregătirii apărării.

12. Principiul aplicării legii procesuale penale în timp și spațiu (art. 13 C. pr. pen.). Acest principiu conferă dreptul suspectului sau inculpatului de a fi supus consecințelor și tragerii la răspundere conform unei legi aflate în vigoare la data comiterii faptei, excepție făcând cazul dispozițiilor tranzitorii.

Principiul aplicării legii penale în spațiu se poate aplica în momentul în care este incident un element de extraneitate. Acest principiu consacră ideea că legea aplicabilă este legea încheierii actului juridic. Există și excepții de la această regulă, excepții întâlnite în Legea nr. 202/2004, legea privind cooperarea judiciară internațională în materia penală.

III. Principiul nemijlocirii, principiu fundamental în soluționarea cauzelor penale

În afara principiilor enumerate anterior pe care legiuitorul le consacră a fi principii fundamentale, faza de cercetare judecătorească conține și alte principii denumite generic principii specifice, care derivă din desfășurarea cercetării judecătorești.

Încă de la început, cercetarea judecătorească trebuie să se desfășoare în fața instanței de judecată, oral, nemijlocit și în contradictoriu. În atare situație este evident faptul că, în cursul cercetării judecătorești instanța de judecată are obligația să verifice întreg materialul probator administrat pe parcursul urmăririi penale, în ședința de judecată.

Această verificare presupune readministrarea probatoriului în mod nemijlocit, oral și în contradictoriu, în scopul aflării adevărului. Numai după această verificare soluția instanței de judecată poate fi catalogată ca fiind temeinică și legală, convingerea judecătorului fiind că soluția a fost dată dincolo de orice îndoială rezonabilă.

Conform codului de procedură penală, principiul nemijlocirii este oarecum limitat. Cercetarea judecătorească presupune audierea inculpatului, a persoanei vătămate, a părții civile și a părții responsabile civilmente, readministrarea probelor din faza de urmărire penală necontestate de părți, precum și administrarea de probe noi, în măsura în care ele au fost încuviințate de către instanța de judecată. În concluzie, probele administrate în cursul urmăririi penale dar care nu au fost contestate de părți, nu se readministrează în faza de cercetare judecătorească, ele fiind doar dezbătute în contradictoriu de către părți și avute în vedere de către instanță în momentul deliberării și pronunțării soluției. Această limitare poate fi „*încălcată*” de către instanța de judecată în situația în care, în virtutea respectării principiului aflării adevărului, poate readministra toate probele administrate în faza de urmărire penală, chiar dacă ele nu au fost contestate de părți.

Un al doilea caz de limitare a principiului nemijlocirii îl constituie judecata în procedură simplificată aplicabilă în cazul recunoașterii învinuirii care, conform art. 374 alin. 4 C. pr. pen., instanța de judecată pune în vedere inculpatului că acesta poate solicita ca judecata să aibă loc numai în baza probelor administrate în faza de urmărire penală și a înscrisurilor prezentate de părți, beneficiind de reducerea limitelor de pedeapsă cu o treime.

În situația în care instanța are dubii în ceea ce privește legalitatea administrării probatoriului, pentru o justă soluționare a cauzei, poate dispune respingerea cererii inculpatului de a se judeca în procedura simplificată, dispunând continuarea judecății și readministrarea probelor și audierea părților.

Așadar, simpla manifestare de voință a inculpatului de a recurge la procedura simplificată de judecată și declarația formală de recunoaștere a învinuirii nu conduc automat la aplicarea acestei proceduri și a unei pedepse în limitele prevăzute de art. 396 alin. 1 C. pr. pen., instanța de judecată fiind cea care, verificând dacă probele administrate în faza urmăririi penale sunt suficiente pentru aflarea adevărului și justa soluționare a acuzei, dispune urmarea sau nu a unei proceduri. Astfel, chiar dacă poziția adoptată de inculpat este aceea de recunoaștere a faptei în materialitatea sa, instanța are în continuare obligația de a valorifica o astfel de poziție în plan procesual numai în situația în care probatoriul este suficient pentru a permite stabilirea clară și completă a modului în care s-a comis infracțiunea. Exigențele respectării principiului aflării adevărului impun cu necesitate administrarea nemijlocită a întregului probatoriu, în pofida opțiunii procesuale a inculpatului, numai astfel putându-se stabili, dincolo de orice îndoială rezonabilă, conținutul concret al faptelor săvârșite de inculpat și caracterul lor infracțional².

IV. Unicitatea completului de judecată și al continuității ședinței, aspecte ale principiului nemijlocirii.

Unicitatea completului de judecată și al continuității ședinței reprezintă aspecte foarte importante care derivă tot din principiul nemijlocirii. Conform acestui aspect, completul care va pronunța o soluție trebuie să fie același care a participat la întreaga cercetare judecătorească și la administrarea întregului probatoriu. Aceste aspecte sunt foarte importante având în vedere și elemente de psihologie judiciară (psihologia inculpatului, a martorului), elemente pe care instanța de judecată trebuie să le stăpânească, să le cunoască și care îi sunt necesare formării propriilor convingeri întrucât principiul nemijlocirii presupune o reală verificare a tuturor probelor prin participarea directă a părților la desfășurarea procesului penal.

² Volonciu N., Uzlău A.S., *Noul Cod de procedură penală comentat*, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 957.

Sub ochii și urechile judecătorului și a părților se petrece toată desfășurarea dezbaterii. Și numai pe cele văzute și auzite în dezbateri și discutate acolo, sub observația și controlul său nemijlocit, își va putea întemeia judecătorul convingerea sa.³

În ceea ce privește principiul nemijlocirii raportat la continuitatea completului de judecată, practica judiciară a fost și este neunitară. Diferențele din jurisprudența națională constau în faptul că există o mare problemă în interpretarea textului de lege. S-a pus problema în sensul că nu era sigură aplicarea temeinică a acestui principiu și nu se știa clar dacă principiul nemijlocirii viza compunerea completului de judecată în prima instanță ori în apel și dacă acest principiu viza toți judecătorii care compuneau completul sau doar pe unii dintre aceștia. La evaluarea acestei probleme trebuie avute în vedere sancțiunile procedurale ale nerespectării acestui principiu pe de o parte iar pe de altă parte regulile procedurale care vizează soluționarea cauzei într-un termen rezonabil și respectarea dreptului la apărare al inculpatului.

Această problemă a caracterului neunitar al practicii judiciare naționale a fost avută în vedere și clarificată de către Curtea Europeană Drepturilor Omului în soluționarea mai multor cauze în care petenții au invocat încălcarea art. 6 din Convenția Europeană a Drepturilor Omului.

Cauza CEDO Emilian Vasile Cutean c România. Extras din hotărârea CEDO, cererea nr. 53150/12, secția a III-a din data de 02.12.2014

Reprezentativă în acest sens este cauza Cutean vs. România din data de 02 decembrie 2014, cauză în care Curtea a stabilit faptul că instanțele naționale au încălcat principiul nemijlocirii prin încălcarea dreptului la un proces echitabil garantat de către art. 6 din Convenție dar și de către art. 21 alin. 3 din Constituția României.

În speță dedusă judecării, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a constatat faptul că atât inculpatul cât și martorii nu au fost audiați direct și nemijlocit de către noul complet de judecată care a fost investit cu soluționarea fondului cauzei. Această greșală a fost perpetuată și de către instanțele de apel și de recurs, acestea menținând soluția de condamnare a judecătorului fondului fără ca acestea să administreze în mod nemijlocit probele testimoniale, fără o audiere directă.

Extras din hotărâre

„Curtea arată că un aspect important al procedurii penale echitabile îl reprezintă posibilitatea că acuzatul să se confrunte cu martorii în prezența judecătorului care decide în cele din urmă în cauză. Principiul nemijlocirii este o garanție importantă în procedura penală în care observațiile instanței de judecată asupra conduitei și credibilității unui martor pot avea consecințe importante pentru acuzat (a se vedea cauza Beraru vs. România, 18 martie 2014). Curtea consideră că, având în vedere mizele mari ale procedurii penale, considerațiile mai sus-menționate se aplică și în ceea ce privește audierea directă a acuzatului însuși de către judecătorul care în cele din urmă decide în cauză.

Curtea reamintește că, în conformitate cu principiul nemijlocirii, într-o cauză penală hotărârea trebuie pronunțată de judecătorii care au fost prezenți pe tot parcursul procedurii și administrării probelor (a se vedea Mellors vs. Marea Britanie, 30 ianuarie 2003). Totuși, acest lucru nu poate fi considerat o interdicție a schimbării componenței completului de judecată în timpul cauzei (a se vedea P.K. vs. Finlanda). Se pot ivi situații de natură administrativă sau procedurală care să facă imposibilă participarea în continuare a unui judecător. Pot fi luate măsuri prin care judecătorului care continuă examinarea cauzei să i se asigure înțelegerea adecvată a probelor și argumentelor, de exemplu, prin punerea la dispoziția acestuia a transcrierilor declarațiilor sau prin reascultarea argumentelor relevante sau a martorilor în fața noului complet de judecată (a se vedea Mellors vs. Marea Britanie, P.K. vs. Finlanda, citate anterior).

În prezenta cauză, Curtea considera, pe baza argumentelor și observațiilor părților, că esența plângerii reclamantului o constituie schimbarea componenței completului de judecată al instanței de fond care, în cele din urmă, l-a condamnat fără să-i fi audiat pe el sau pe martori. (...)

Curtea observă că este incontestabil faptul că primul complet de judecată investit cu examinarea dosarului reclamantului a fost schimbat în timpul procedurii derulate în fața instanței de fond. În plus, judecătorul care l-a condamnat nu a procedat la audierea directă a reclamantului și a martorilor. Mai mult, instanțele de apel și de recurs, care au menținut soluția de condamnare dispusă împotriva reclamantului, au eșuat la rândul lor să îi audieze direct pe reclamant și pe martori.

Curtea notează că niciunul dintre membrii completului inițial investit cu judecarea cauzei pe fond, care i-a audiat direct pe reclamant și pe martori, nu a rămas în complet pentru judecarea în continuare a dosarului.

În plus, în timp ce condamnarea reclamantului nu s-a bazat exclusiv pe propria depoziție sau pe declarațiile martorilor, Curtea notează că instanțele naționale au invocat într-o anumită măsură aceste probe pentru a justifica soluția de condamnare. Mai mult decât atât, reclamantul a contestat credibilitatea a trei martori ale căror declarații au fost reținute de instanța de fond în motivarea hotărârii de condamnare și a cerut instanței de apel, fără succes, ca

³ Pop T., *Drept procesual penal. Partea specială*, vol. IV, 1946.

aceștia să fie reaudiați. Deși din probele disponibile nu reiese că reclamantul a reiterat în ultimă instanță contestarea celor 3 martori sau că a încercat să pună în discuția instanței de apel lipsa credibilității celorlalți martori, Curtea nu are convingerea că o contestare generală și repetată a reclamantului ar fi avut perspective mai bune de reușită date fiind justificările oferite de instanța de apel pentru a respinge cererea reclamantului de audiere a celor trei martori.

Mai mult decât atât, Curtea notează că judecătorul de fond care l-a condamnat în cele din urmă pe reclamant a avut sarcina evaluării elementelor presupusei infracțiuni, inclusiv latura subiectivă, și anume, intenția reclamantului de a comite infracțiunea reținută în sarcina sa. În aceste condiții, necesitatea audierii directe apare cu atât mai relevantă, cu cât instanțele de apel și de recurs au eșuat la rândul lor să îi audieze direct pe reclamant și pe martori.

Curtea reține că, în cursul procedurii de fond, reclamantul nu a avut posibilitatea să conteste faptul că nu a fost audiat direct de către cel de-al doilea complet, care l-a condamnat. Totuși, a formulat o astfel de plângere în fața instanțelor de apel și de recurs, care i-a fost respinsă. (...)

Curtea observă că nu există nicio dovadă la dosar care să sugereze că schimbarea completului de fond a fost făcută cu scopul de a determina o soluție nefavorabilă reclamantului – sau din oricare alt motiv impropriu – ori ca judecătorul instanței de fond nu ar fi fost independent și imparțial și, de asemenea, notează că judecătorul instanței de fond a avut la dispoziție transcrierile declarațiilor date de reclamant și de martori. Totuși, Curtea mai observă că aceste declarații au constituit probe decisive pentru condamnarea reclamantului, soluție dispusă fără ca acesta să fi fost audiat direct de către judecătorul instanței de fond. Prin urmare, Curtea consideră că disponibilitatea transcrierilor declarațiilor nu poate compensa atingerea adusă principiului nemijlocirii probelor.

În plus, Curtea înțelege că există posibilitatea ca, în anumite circumstanțe, instanța de apel sau ultimă instanță să îndrepte deficiențele instanței de fond (a se vedea *Beraru vs. România*). În prezenta speță, Curtea notează că instanțele de apel și de recurs nu doar că au menținut hotărârea instanței de fond, dar și-au și motivat această decizie pe baza probelor (declarațiilor) reținute de instanța de fond fără o audiere directă.

Prin urmare, Curtea concluzionează că schimbarea completului la instanța de fond și eșecul ulterior al instanțelor de apel și de recurs de a-i audia pe reclamant și pe martori echivalează cu o privare a dreptului reclamantului la un proces echitabil.

Rezultă așadar că a existat o încălcare a Art. 6 din Convenție⁴.

Concluzii

Principiul nemijlocirii este foarte important în aflarea adevărului, în stabilirea clară a situației de fapt prin corecta administrare a probelor precum și corecta apreciere a acestora în cursul procesului penal.

Judecătorul nu poate ajunge la stabilirea adevărului real dacă nu are libertate suficientă în utilizarea și aprecierea probelor în procesul penal, deoarece singurul mijloc prin care acesta ajunge la acest adevăr sunt probele. Dacă se limitează probele doar la unele categorii specificate de lege sau dacă legea impune în mod obligatoriu forța probantă a fiecărui mijloc de probă, este limitată implicit și aflarea adevărului de către judecător⁵.

Așadar, principiul nemijlocirii vizează probele și mijloacele de probă, elemente esențiale desfășurării procesului penal.

⁴ www.juri.ro Cătean vs. România – Principiul nemijlocirii. Neaudierea directă a inculpatului și a martorilor de către noul judecător investit cu soluționarea cauzei după schimbarea componenței completului atrage o încălcare a dreptului la un proces echitabil (Art. 6 din Convenție).

⁵ Ghigheci C., *Principiile procesului penal în noul Cod de procedură penală*, Ed. Universul Juridic, București, 2014 p. 88.

UNELE OBSERVAȚII CU PRIVIRE LA INTERPRETAREA ART. 55¹ DIN LEGEA NR. 254/2013 ÎN PRACTICA INSTANȚELOR

Some Comments on The Interpretation of Art. 55¹ of Law no. 254/2013 in The Courts Jurisprudence

Mariana STAN*

Rezumat: *Articolul analizează problemele apărute în practica instanțelor ca urmare a aplicării prevederilor art. 55¹ din Legea nr. 169/2017, privind zilele compensatorii acordate deținuților, modul de aplicare și interpretare a legii dar și situațiile concrete, precum și instanța competentă investită cu soluționarea unor astfel de cereri.*

Cuvinte-cheie: *zile compensatorii, rest de pedeapsă, aplicarea art. 55¹.*

Abstract: *The article analyzes the problems in court practice as a result of the application of article 55¹ of the Law no. 169/2017 on compensatory days granted to the prisoners, the application and interpretation of the law and specific situations and competent court invested with solving such requests.*

Keywords: *compensatory days, rest of punishment, application of article 55¹.*

După cum se știe, în sistemul juridic român se aplică legea conform art. 124 alin. 1 din Constituția României¹. Drept urmare, majoritatea autorilor români consideră că precedentul judiciar nu constituie un izvor al dreptului românesc². Cu toate acestea, nu putem afirma aceeași teză despre practica judiciară propriu-zisă, adică precedentul judiciar multiplu³. În acest caz, unii autori recunosc că, practica judiciară este un izvor de drept, însă o bună parte a acestora consideră că, acest rol îl au deciziile pronunțate de către Înalta Curte de Casație și Justiție, care potrivit Constituției Române, asigură interpretarea și aplicarea unitară a legii de către celelalte instanțe judecătorești⁴.

Se susține că, practica judecătorească poate deveni izvor de drept, prin soluțiile invocate ca și precedente juridice din activitatea judecătorească și care ajută la soluționarea anumitor cazuri⁵.

În același timp, constatăm, în mod pozitiv că, există opinii potrivit cărora, jurisprudența, adică totalitatea soluțiilor de același fel pe care le pronunță instanțele judecătorești, are aceeași valoare juridică într-o anumită materie ca și norma de drept, astfel că jurisprudența poate să fie socotită ca izvor de drept⁶.

În plus, explicația rezidă și din rolul important pe care îl are Înalta Curte de Casație și Justiție, care poate tranșa problemele de interpretare apărute în practica instanțelor judecătorești și care poate impune instanțelor inferioare în grad o anumită interpretare pentru a nu mai exista soluții contrare, prin decizii atunci când instanța este investită cu pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea unor chestiuni de drept în condițiile prevederilor art. 475 C. pr. pen., sau atunci când instanța este sesizată cu o cerere de recurs în interesul legii, instanța supremă fiind sesizată să se pronunțe asupra chestiunilor de drept care au fost soluționate diferit, datorită necesității aplicării legii în mod unitar de către toate instanțele judecătorești, în condițiile impuse de prevederile art. 471 C. pr. pen. și următoarele, în materie penală⁷.

În acest context, amintim că art. 55¹ din Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal⁸, modificată prin Legea nr. 169/2017⁹ a provocat opinii diferite, în sensul aplicării și interpretării legislației în materia executării pedepselor.

* *Doctorand*, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); avocat, Baroul București e-mail: av.marianastan@gmail.com.

¹ Tudorel Toader, Marieta Safta, *Constituția României*, ed. a-2-a, Ed. Hamangiu, București, 2016, p. 366; Constituția României, revizuită, publicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

² Sofia Popescu, *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, 2000, p. 158; Ion Craiovan, *Tratat de teoria generală a dreptului*, Ed. Universul Juridic, 2007, p. 382.

³ Ion Ifrim, *Problema jurisprudenței ca izvor de drept în România*, Studii și Cercetări Juridice nr. 2/2018, p. 18 și urm.

⁴ Art. 126 alin. 3 Constituția României, publicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

⁵ Sofia Popescu, Alexandrian Șerban, Maria-Luiza Hrestic, Radu Stancu și Mădălina Viziteu, *Teoria generală a dreptului – Curs universitar*, Ed. Pro Universitaria, București, 2016, p. 148-149.

⁶ Mihaela Agheniței, Ion Flămânzeanu, *Jurisprudența ca izvor de drept*, în Revista de drept penal nr. 1/2013, p. 112, pct. 2.

⁷ Art. 471-476 din Legea nr. 135/2010 modificată privind Codul de procedură penală publicată în M. Of. nr. 486/15.07.2010.

⁸ Legea nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicată în M. Of. nr. 514 din 14 august 2013.

⁹ Legea nr. 169 din 14 iulie 2017 pentru modificarea și completarea Legii nr. 254/2013 privind executarea pedepselor și a măsurilor privative de libertate dispuse de organele judiciare în cursul procesului penal publicată în M. Of. nr. 571 din 18 iulie 2017.

Ca urmare a promulgării legii modificate, Ministerul Justiției a emis Ordinul nr. 2773/2017 pentru aprobarea situației centralizate a clădirilor care sunt necorespunzătoare din punctul de vedere al condițiilor de detenție¹⁰, care privește situația clădirilor din sistemul penitenciar arondat Administrației Naționale a Penitenciarelor, iar Ministerul Afacerilor Interne a emis Ordinul nr. 140/2017¹¹, privind situația centralizată a clădirilor care sunt necorespunzătoare din punctul de vedere al condițiilor de detenție care se referă la clădirile aflate subordinea I.P.J., I.G.P. sau al arestului central.

Legea impune recalcularea zilelor compensatorii, în cazul cazării în condiții necorespunzătoare ca măsură compensatorie, indiferent de regimul de executare a pedepsei al deținutului, pentru toate perioadele de detenție începând cu data de 24 iulie 2012 la zi, zile pentru care se consideră executate, suplimentar 6 zile din pedeapsa aplicată pentru fiecare perioadă de 30 de zile executate în condiții necorespunzătoare, chiar dacă nu sunt consecutive.

Sub acest aspect, observăm, că în practica judiciară aceste prevederi au fost interpretate în mod diferit, în funcție de situațiile avute în vedere la stabilirea situației juridice a fiecărui condamnat.

Mai întâi, s-a pus problema dacă zilele compensatorii considerate ca executate pot fi considerate ca zile executate cu același regim ca și cele câștigate în urma muncii efectuate în detenție, sau a instruirii școlare, motiv pentru care vor fi avute în vedere doar la calcularea fracției totale pentru liberare condiționată, sau dacă aceste zile se scad efectiv din cuantumul total al pedepsei aplicate de către instanța de judecată, sens în care se modifică fracția obligatorie și fracția totală pentru liberare condiționată.

S-a opinat necesitatea ca de zilele considerate ca executate în compensarea cazării în condiții de detenție declarate necorespunzătoare, să se țină cont la calcularea fracției de pedeapsă prevăzute conform art. 100 alin. 1 lit. a) și alin. 2 C. pen. în cazul liberării condiționate, acestea urmând să se scadă din durata pedepsei aplicate prin hotărârea definitivă de condamnare similar duratei reținerii, a arestării preventive sau a arestului la domiciliu, pentru a nu se modifica pedeapsa stabilită prin hotărârea de condamnare, care are autoritate de lucru judecat și pentru ca fracția prevăzută de legiuitor pentru liberarea condiționată să aibă în vedere pedeapsa aplicată efectiv și pentru ca la stabilirea fracției să nu se raporteze la pedeapsa redusă. De această idee s-a ținut cont în situația în care se aplică condamnatului o pedeapsă, sau mai multe pedepse concurente, situație în care rolul calculării zilelor compensatorii îl are Biroul evidență și organizarea muncii din cadrul fiecărui penitenciar care trebuie să deschidă o fișă de evidență pentru fiecare persoană privată de libertate în care vor fi consemnate clădirile în care a fost cazată pe parcursul pedepsei în termen de 90 de zile de la intrarea în vigoare a Legii nr. 169/2017¹². Este adevărat că, împotriva modului de calcul efectuat, existând posibilitatea formulării unei plângeri la judecătorul de supraveghere din cadrul penitenciarului, iar împotriva soluției emise de acesta, contestație la instanța de judecată arondată penitenciarului.

Apoi, în situația în care se impunea efectuarea unui calculul pentru o persoană condamnată care a fost liberată condiționat anterior, iar la pedeapsa prezentă a fost adăugat restul rămas neexecutat din pedeapsa anterioară, în contextul în care textul de lege nu distinge care sunt persoanele care beneficiază de dispozițiile legii, respectiv persoanele care se aflau în stare de deținere la data intrării în vigoare a normei sau cei care au fost eliberați condiționat, au existat mai multe abordări, care în final au dus la dezlegarea prin decizia nr. 7/2018 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, a acestei chestiuni de drept și care a devenit obligatorie.

În acest context, s-a considerat, inițial că, restul rămas de executat din pedeapsa anterioară, se bucură de autoritate de lucru judecat prin pronunțarea hotărârii de condamnare și că aplicarea zilelor compensatorii pot fi avute în vedere doar la recalcularea pedepsei în executarea căreia se află persoana condamnată.

S-a considerat că o astfel de interpretare ar duce la discriminarea persoanelor eliberate condiționat, condamnate din nou și cele care vor fi eliberate condiționat și au interpretat prevederile art. 55¹ în sensul că în situația în care o pedeapsă anterioară, și nu restul rămas neexecutat din ea, devine parte integrantă prin cumul juridic din noua pedeapsă aplicată după liberarea condiționată pentru concurs sau pluralitate intermediară, atunci se poate ține seama de zilele executate în trecut în condiții necorespunzătoare la calcularea fracției de pedeapsă necesară pentru o nouă liberare condiționată ori pentru punerea în libertate a deținutului anterior executării integrale a pedepsei nou-aplicate.

În cazul în care pe durata termenului de supraveghere persoana săvârșește o nouă infracțiune, acest rest se contopește sau se adaugă la pedeapsa stabilită pentru noua infracțiune, fără a se recalcula zilele în care persoana ar fi fost cazată în condiții necorespunzătoare și a se reduce restul rămas de executat la momentul liberării condiționate anterioare, în situația persoanei care a fost liberată condiționat anterior aplicării Legii nr. 169/2017.

În aceste condiții, problema dezbătută a fost tranșată prin pronunțarea deciziei nr. 7 din 26 aprilie 2018, devenită obligatorie după publicarea în Monitorul Oficial, când s-a solicitat instanței supreme pronunțarea unei hotărâri prealabile pentru dezlegarea chestiunii enunțate și prin care s-a stabilit că, în interpretarea dispozițiilor art. 55¹ din Legea nr. 254/2013, pentru determinarea restului de pedeapsă rămas neexecutat în vederea aplicării tratamentului

¹⁰ Ordinul nr. 2773/2017 pentru aprobarea situației centralizate a clădirilor care sunt necorespunzătoare din punctul de vedere al condițiilor de detenție a fost publicat în M. Of. nr. 571 din 18 iulie 2017.

¹¹ Ordinul nr. 140/2017 privind situația centralizată a clădirilor care sunt necorespunzătoare din punctul de vedere al condițiilor de detenție emis de M.A.I., publicat în M. Of. la data de 16.11.2017.

¹² Titlul V alin. 1 din Legea nr. 169/2017 din 14 iulie 2017.

sanctionator de la art. 104 alin. 2 coroborat cu art. 43 alin. 1 C. pen., trebuie recalculată – începând cu data de 24.07.2012 – perioada executată efectiv din pedeapsa din a cărei executare a fost dispusă liberarea condiționată anterior intrării în vigoare a Legii nr. 169/2017 prin considerarea ca executate suplimentar a zilelor calculate ca executate în considerarea condițiilor de detenție necorespunzătoare, luându-se în calcul că recalcularea ar avea ca efect micșorarea restului rămas de executat din pedeapsa anterioară cu respectarea principiului aplicării legii penale mai favorabile dar și al neagravării situației părții.

Ducând mai departe analiza noastră critică, ni se pare că o altă problemă apărută în practică a vizat situația în care persoana condamnată a solicitat acordarea zilelor compensatorii în cazul în care persoana condamnată este judecată din nou pentru o nouă infracțiune la care se adaugă restul de pedeapsă rezultat dintr-o condamnare anterioară și care se regăsește în pedeapsa în a cărei executare se află. Biroul evidență și organizarea muncii din cadrul penitenciarelor, constituit potrivit Legii în cadrul fiecărui penitenciar, tocmai pentru a efectua calculul zilelor câștigate, în raport cu perioada executării pedepsei în condiții necorespunzătoare de detenție¹³ și pentru a pune în aplicare prevederile art. 55¹, nu a calculat restul de pedeapsă, cu privire la niciun deținut, deși Legea a stipulat foarte clar că perioada pentru care se acordă zile considerate ca executate în compensarea cazării în condiții necorespunzătoare se calculează începând cu 24 iulie 2012¹⁴, fără a se face vreo distincție între persoanele care au sau nu acest drept, singura cerință fiind cazarea în spații necorespunzătoare, așa cum au fost descrise în Lege.

Inițial s-a stabilit că este necesară promovarea unei contestații la executare în baza art. 598 alin. 1 lit. d) din Codul de procedură penală¹⁵, sub forma unei contestații la executare, adresată instanței competente, în situația în care deținutul reclamă deducerea în mod greșit a unei perioade executate din pedeapsă ca efect al Legii nr. 169/2017, fiind în situația micșorării sau stingerii pedepsei, cu privire la toate perioadele de detenție.

A fost aleasă această procedură pentru ca un judecător, în baza unor probe administrate prin solicitarea de informații despre deținut de la toate centrele de detenție în care a fost cazat, în condiții de contradictorialitate, să controleze și să dispună un calcul asupra perioadei deduse efectuat de administrația locurilor de deținere în care a fost încarcerată persoana condamnată.

În acest sens, au fost admise contestații la executare¹⁶, care stabileau că considerentele avute în vedere la pronunțarea Deciziei nr. 7/2018 își găsesc aplicabilitatea și în cadrul existenței unei stări de recidivă, fără a se fi dispus anterior liberarea condiționată, pentru egalitate de rațiune, considerând că sunt incidente prevederile art. 55¹ din Legea nr. 254/2013 modificată, în modul în care s-a decis prin Decizia nr. 7/2018, mai ales că în ceea ce privește restul de pedeapsă Administrația Națională a Penitenciarelor a comunicat că această instituție nu efectuează niciun calcul și că recalcularea se face doar la solicitarea instanței de judecată.

Ulterior, instanța supremă¹⁷, în cadrul unei contestații, a dispus casarea sentinței pronunțate pe considerentul că o contestație la executare este un mijloc procesual cu caracter jurisdicțional, prin care se soluționează anumite incidente limitative prevăzute de lege, ivite în cursul punerii în executare a hotărârilor penale cu scopul de a se asigura conformitatea cu legea penală a executării acestora fără a se putea schimba sau modifica hotărârea definitivă de condamnare care se bucură de autoritate de lucru judecat, motiv pentru care se pune problema inadmisibilității unei astfel de cereri pe calea contestației la executare.

Ni se pare interesant să reproducem, în loc de concluzie a celor mai sus arătate, părerea exprimată de Înalta Curte de Casație și Justiție prin decizia nr. 8/11.03.2019 pronunțată în cadrul recursului în interesul legii. Aceasta arată că, pentru a se asigura interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 55¹ din Legea nr. 254/2013, care a stabilit că competența soluționării cererii prin care o persoană privată de libertate solicită acordare zilelor compensatorii în baza art. 55¹ din Legea nr. 254/2013 pentru restul de pedeapsă rezultat dintr-o condamnare anterioară și care se regăsește în pedeapsa în a cărei executare se află, revine instanței de executare sau instanței în a cărei circumscripție se află locul de deținere, acțiune promovată prin intermediul unei contestații la executare întemeiată pe dispozițiile art. 598 alin. 1 lit. d) din Codul de procedură penală, care a și devenit obligatorie.

Iată motivul pentru care, în analiza diverselor probleme discutate în prezenta cercetare pe care art. 55¹ din Legea nr. 254/2013, le ridică, suntem obligați față de situația existentă în țara noastră în momentul de față, să ne limităm la aceste sumare interpretări care prezintă mai mult o importanță de ordin practic.

¹³ Titlul V alin. 3 din Legea nr. 169/2017 din 14 iulie 2017.

¹⁴ Art. 55¹ alin. 3 pct. 8 din Legea nr. 169 din 14 iulie 2017.

¹⁵ În cadrul Întâlnirii Trimestriale pentru probleme de practică neunitară în materie penală și în materia executării pedepselor organizată la data de 24.11.2017, la Curtea de Apel București.

¹⁶ Sentința nr. 170/F din 10 august 2018 a Curții de Apel București.

¹⁷ Prin decizia nr. 891 din 12 noiembrie 2018.

RESPECTAREA DREPTURILOR PROCESUAL PENALE ALE PĂRȚII RESPONSABILE CIVILMENTE

Respect for Criminal Process Rights of Civilly Liable Party

Bogdan BUNECI*

Abstract: *În cadrul procesului penal trebuie respectate dispozițiile procesual penale referitoare la drepturilor părților ce sunt reglementate la art. 82-87 C. pr. pen. printre acestea fiind stipulate și drepturile părții responsabile civilmente.*

Întrucât în practica judiciară s-au ivit o serie de probleme privind aplicarea dispozițiilor procesual penale cu privire la partea responsabilă civilmente și drepturile acesteia (introducerea părții responsabile civilmente în procesul penal, care entități trebuie să răspundă ca părți responsabile civilmente în cadrul procesului penal, corelarea dispozițiilor civile cu cele procesual penale), au fost adoptate decizii ale Curții Constituționale și recursuri în interesul legii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție care au soluționat problemele controversate.

Cuvinte-cheie: *parte responsabilă civilmente, drepturi, parte civilă, recurs în interesul legii, răspundere civilă.*

Abstract: *The procedural provisions of criminal law must be observed within the criminal trial with respect to the rights of the parties, as provided by art. 82-87 Criminal Procedure Code, which also include the rights of the civilly liable party.*

Given that the case-law has identified a series of issues with respect to the enforcement of procedural provisions regarding the civilly liable party and its rights (introducing the civilly liable party into the criminal trial, which entities are civilly liable within the criminal trial, correlation between civil and criminal law provisions), the Constitutional Court has adopted decisions and the High Court of Cassation and Justice has passed second appeal decisions on matters of law to settle such controversial issues.

Key words: *civilly liable party, rights, civil party, second appeal decisions on matters of law, civil liability.*

Săvârșirea unei infracțiuni naște un conflict de drept penal substanțial, iar pentru rezolvarea acestuia în cadrul unui proces penal i-a naștere un raport juridic procesual penal.

Potrivit dispozițiilor art. 32 din Codul de procedură penală, părțile sunt subiecții procesuali care exercită sau împotriva cărora se exercită o acțiune judiciară, iar acestea sunt: *inculpatul, partea civilă și partea responsabilă civilmente.*

Legea procesual penală a arătat că subiecții procesuali principali sunt: *suspectul*, care potrivit art. 77 C. pr. pen. este persoana cu privire la care, din datele și probele existente în cauză, rezultă bănuiala rezonabilă că a săvârșit o faptă prevăzută de legea penală, persoană față de care atunci când s-a pus în mișcare acțiunea penală *devine parte în procesul penal* și se numește inculpat; *persoana vătămată* care a suferit o vătămare fizică, materială sau morală printr-o faptă penală, iar atunci când exercită acțiunea civilă în cadrul procesului penal *capătă calitatea de parte civilă*. Trebuie menționat faptul că această calitate de parte civilă în cadrul procesului penal nu înlătură dreptul acestei persoane de a participa în calitate de persoană vătămată în aceeași cauză (art. 85 alin. 2 C. pr. pen.). Dacă persoana vătămată este lipsită de capacitate de exercițiu sau are capacitate de exercițiu restrânsă, acțiunea civilă se exercită în numele acestuia de reprezentantul legal, sau, după caz, de procuror.

Partea responsabilă civilmente nu are legătură cu săvârșirea unei infracțiuni, însă ea este potrivit art. 86 C. pr. pen. persoana care potrivit legii civile are obligația legală sau convențională de a repara în întregime sau în parte, singură sau în solidar, prejudiciul cauzat prin infracțiune și care este chemată să răspundă în proces, *fiind parte în procesul penal*.

Acest lucru este posibil numai atunci când partea vătămată se constituie parte civilă într-o cauză penală, acțiunea civilă fiind alăturată acțiunii penale în cadrul procesului penal, iar pentru repararea prejudiciului produs de inculpat prin comiterea faptei partea responsabilă civilmente este obligată alături de inculpat la despăgubiri civile.

Având în vedere că acțiunea civilă exercitată în cadrul procesului penal are ca obiect tragerea la răspundere civilă delictuală a persoanelor responsabile potrivit legii civile pentru prejudiciul produs prin comiterea faptei (art. 19 alin. 1 C. pr. pen.), este necesar să se aibă în vedere dispozițiile Codului Civil¹ ce reglementează răspunderea delictuală.

* Lector universitar, doctor, Facultatea de Drept din cadrul Universității Ecologice din București, bogdanbuneci@yahoo.ro

¹ Republicat în Monitorul Oficial, Partea I nr. 505 din 15 iulie 2011 cu ultimele modificări în anul 2017.

Astfel, pot fi părți responsabile civilmente în procesul penal *părinții* pentru copii minori sau *persoanele* care în temeiul legii, al unui contract ori al unei hotărâri judecătorești sunt obligate să supravegheze un minor sau o persoană pusă sub interdicție, fiind răspunzători de prejudiciul cauzat altuia de către aceste persoane (art. 1372 alin. 1 C. civ.). În dispozițiile articolului menționat anterior cel obligat la supraveghere este exonerat de răspundere dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă. În situațiile în care la data comiterii faptei ilicite obligația de supraveghere a minorului era îndeplinită de alte persoane, părinții nu răspund potrivit art. 1374 alin. 1 C. civ., însă dacă comitentul este părintele minorului care a săvârșit fapta ilicită, victima are dreptul de a opta asupra temeiului răspunderii.

De asemenea, poate fi parte responsabilă civilmente *comitentul* pentru *prepus*, ori de câte ori fapta săvârșită de către acesta din urmă are legătură cu atribuțiile sau scopul funcțiilor încredințate (art. 1373 alin. 1 și 2 C. civ. – este comitent cel care, în virtutea unui contract sau în temeiul legii, exercită direcția, supravegherea și controlul asupra celui care îndeplinește anumite funcții sau însărcinări în interesul său ori al altuia).

Datorită problemelor ivite în practica judiciară prin Decizia nr. 3/2010² Înalta Curte de Casație și Justiție – Secțiunile Unite a admis un recurs în interesul legii pe vechiul cod din 1968 în care a decis că: *în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 251 din Legea nr. 32/2000 privind activitatea de asigurare și supravegherea asigurărilor, cu modificările și completările ulterioare, coroborate cu cele ale art. 24 din Codul de procedură penală, se stabilește că: în procesul penal, Fondul de protecție a victimelor străzii are calitatea de parte responsabilă civilmente și poate fi obligat singur, iar nu în solidar cu inculpatul, la plata despăgubirilor civile către persoanele păgubite prin accidente de vehicule neasigurate. Această decizie își produce efectele în continuare potrivit dispozițiilor art. 19 alin. 1, art. 21 și art. 32 alin. 2 din Codul de procedură penală.*

În cazul accidentelor de circulație care au produs vătămări, Înalta Curte de Casație și Justiție prin Decizia nr. 1/2016³ a decis că în interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 86 din Codul de procedură penală în cazul asigurării obligatorii de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de vehicule, societatea de asigurare are calitatea de *parte responsabilă civilmente* și are obligația de a repara singură prejudiciul cauzat prin infracțiune, în limitele stabilite în contractul de asigurare și prin dispozițiile legale privind asigurarea obligatorie de răspundere civilă.

De asemenea, Înalta Curte de Casație și Justiție – Completul competent să judece recursul în interesul legii, prin decizia nr. 26/2017 din 20.11.2017⁴ a arătat că pentru protejarea creditorilor de asigurări, legiuitorul în reglementarea procedurii prevăzute în Legea nr. 213/2015 privind Fondul de garantare a asiguraților a pornit de la premisa că Fondul de garantare a asiguraților nu are calitatea de parte responsabilă civilmente în procesul penal și, neavând această calitate, este „în drept să efectueze plăți” creditorilor de asigurări, părți civile în procesul penal, anterior finalizării acestuia.

Protecția creditorilor de asigurări presupune un mecanism de plată imediată a despăgubirilor din disponibilitățile Fondului de garantare a asiguraților, în limita plafonului de garantare, necondiționat de finalizarea procesului penal sau a procedurii falimentului și independent de suspendarea de drept a acțiunilor judiciare prin efectul hotărârii de deschidere a acestuia. Celeritatea în plata despăgubirilor și inexistența obligației de a parcurge un proces judiciar constituie elementele centrale ale mecanismului de protecție a creditorilor de asigurări instituit prin Legea nr. 213/2015 privind Fondul de garantare a asiguraților și prin constituirea Fondului de garantare a asiguraților.

Prin urmare, din perspectiva celor expuse, prin raportare la conținutul normei legale ce definește noțiunea de parte responsabilă civilmente, reiese că protejarea creditorilor de asigurări de consecințele insolvenței unui asigurător se realizează de către Fondul de garantare a asiguraților prin intermediul unei proceduri special reglementate legislativ, iar nu prin atragerea acestuia în procesul penal, ca parte responsabilă civilmente.

În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 86 C. pr. pen. Instanța Supremă a stabilit că în procesul penal *Fondul de garantare a asiguraților* în cazul asigurării obligatorii de răspundere civilă pentru prejudicii produse prin accidente de autovehicule asigurate la o societate de asigurare aflată în faliment *nu are calitatea de parte responsabilă civilmente*.

Chiar dacă este o lege mai veche – nr. 22/1969 privind angajarea gestionarilor, constituirea de garanții și răspunderea în legătură cu gestionarea bunurilor agenților economici, autorităților sau instituțiilor publice⁵ - persoanele care au obligațiile prevăzute de lege, în art. 28, 30 și 34, pot răspunde civil pentru fapta altuia, dobândind *calitatea de parte responsabilă civilmente*.

Pentru a răspunde alături de inculpat sau a repara în întregime sau în parte singură sau în solidar prejudiciul cauzat prin infracțiune, partea responsabilă civilmente trebuie introdusă în procesul penal. Pe parcursul urmăririi penale introducerea părții responsabile civilmente (atunci când există) se face la cererea părții civile, oricând, iar în

² Publicată în Monitorul Oficial nr. 866/23.12.2010.

³ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 258 din 06/04/2016.

⁴ Publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 162 din 21/02/2018.

⁵ Publicată în Buletinul Oficial nr. 132 din 18 noiembrie 1969.

faza de judecată în termenul prevăzut de art. 20 alin. 1 C. pr. pen. – *până la începerea cercetării judecătorești*. Dacă acțiunea civilă este exercitată de către procuror, acesta este obligat să ceară introducerea în procesul penal a părții responsabile civilmente în condițiile art. 21 alin. 1 din Codul de procedură penală având ca termen limită începerea cercetării judecătorești.

Există posibilitatea ca partea responsabilă civilmente să poată ea însăși să intervină în procesul penal, chiar și după începerea cercetării judecătorești, până la terminarea acesteia la prima instanță de judecată, însă luând procedura din stadiul în care se află în momentul intervenției.

Prin adoptarea Codului de procedură penală⁶ s-a introdus o altă fază procesuală, intermediară între faza de urmărire penală și faza de judecată, intitulată *camera preliminară* (art. 342-348) având ca obiect verificarea, după trimiterea în judecată, a competenței și a legalității sesizării instanței, precum și verificarea legalității administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală.

Întrucât în practică s-a ridicat excepția de neconstituționalitate a dispozițiile art. 20 alin. (1) și art. 21 alin. (1) C. pr. pen., prin Decizia nr. 257 din 26 aprilie 2017⁷ s-a admis excepția cu privire la partea responsabilă civilmente recunoscându-se participarea cu drepturi procesuale depline a acesteia în procedura camerei preliminare. Curtea constatat că posibilitatea persoanei vătămate, care s-a constituit parte civilă, de a solicita introducerea în procesul penal a părții responsabile civilmente „până la începerea cercetării judecătorești”, în orice fază procesuală, inclusiv după închiderea procedurii de cameră preliminară, este de natură a aduce atingere dreptului de acces liber la justiție al părții responsabile civilmente, consacrat de art. 21 din Legea fundamentală.

S-a constatat că este necesar ca, prin normele procesual penale în materie, să se asigure dreptul părții responsabile civilmente de a formula cereri și excepții cu privire la legalitatea sesizării instanței, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală, în procedura camerei preliminare, tocmai în vederea realizării unui echilibru între drepturi fundamentale relative aflate în concurs, și anume, dreptul de acces liber la justiție și dreptul la apărare ale persoanei vătămate ce se constituie parte civilă, pe de o parte, și dreptul de acces liber la justiție și dreptul la apărare ale părții responsabile civilmente, pe de altă parte.

De altfel, anterior tot Curtea Constituțională prin Decizia nr. 641/2014⁸ a admis că dispozițiile art. 334 alin. 4 C. pr. pen. sunt neconstituționale în sensul că necitarea părților în faza camerei preliminare încalcă dreptul acestora la un proces echitabil în componența sa privind contradictorialitatea, oralitatea și egalitatea armelor. Ulterior, prin recursul în interesul legii Înalta Curte de Casație și Justiție – Decizia nr. 14/2018⁹ a stabilit că termenul prevăzut în art. 334 alineatul 2 – de 20 de zile în care inculpatul, persoana vătămată și *celelalte părți* pot formula în scris cereri și excepții cu privire la legalitatea sesizării instanței, legalitatea administrării probelor și a efectuării actelor de către organele de urmărire penală este un *termen de recomandare*.

Pe lângă aceste drepturi consacrate și lămurite prin deciziile Curții Constituționale și ale Înaltei Curți de Casație și Justiție, în Codul de procedură penală la art. 87 sunt recunoscute părții responsabile civilmente drepturile prevăzute în art. 81 C. pr. pen.

Aceste drepturi sunt următoarele: informarea cu privire la drepturile sale; dreptul de a propune administrarea de probe de către organele judiciare, de a ridica excepții și de a pune concluzii; dreptul de a formula orice alte cereri ce țin de soluționarea laturii penale a cauzei; dreptul de a fi informată, într-un termen rezonabil, cu privire la stadiul urmăririi penale, la cererea sa expresă, cu condiția de a indica o adresă pe teritoriul României, o adresă de poștă electronică sau mesagerie electronică, la care aceste informații să îi fie comunicate; dreptul de a consulta dosarul, în condițiile legii; dreptul de a fi ascultată; dreptul de a adresa întrebări inculpatului, martorilor și experților; 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. În cazurile urgente se pot folosi mijloace tehnice de comunicare, dacă se apreciază că acest lucru este necesar și că nu împiedică exercitarea drepturilor părții responsabile civilmente¹⁰; dreptul de a i se comunica traducerea într-o limbă pe care o înțelege a oricărei soluții de netrimitere în judecată, atunci când nu înțelege limba română¹¹; dreptul de a fi asistată de avocat sau reprezentată; dreptul de a apela la un mediator, în cazurile permise de lege.

Din analiza dispozițiilor legale și a practicii judiciare rezultă că părții responsabile civilmente i s-au recunoscut drepturi aproape identice cu ale inculpatului și părții civile în cadrul procesului penal.

⁶ Adoptat prin Legea nr. 135/2010 și pus în aplicare prin Legea nr. 255/2013 publicată în Monitorul Oficial, Partea I nr. 515 din 14 august.

⁷ Publicată în Monitorul Oficial nr. 472 din 22.06.2017

⁸ Publicată în Monitorul Oficial nr. 887 din 05.12.2014

⁹ Publicată în Monitorul Oficial nr. 765 din 05.09.2018

¹⁰ Publicată și reprodușă prin OUG nr. 18/2016.

¹¹ Idem.