



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

**DREPTUL ȘI SOCIETATEA
ÎN TRANZIȚIE**

Sesiunea anuală de comunicări științifice

20 -21 aprilie 2023, București

ISBN 978-606-39-1314-3

Cuvânt-înainte

Lumea se află astăzi în pragul unei tranziții civilizaționale de mare anvergură care presupune transformarea fundamentală a modelului de a gândi, a produce, consuma și chiar de a exista individual și colectiv. Fie că e vorba de „tranziția ecologică” (cu un accent special pe „tranziția climatică” și cea energetică) ori „tranziția digitală”, fără a putea exclude apariția unor alți termeni care să reflecte schimbările produse de impactul evoluțiilor tehnologice („inteligența artificială”) și ideologice („identitatea de gen”), schimbările sunt prezente la nivelul structurilor și practicilor fundamentale ale societății. Procesul multidimensional este mai prezent și mai evident la nivelul strategiilor, politicilor și dreptului UE care și-au asumat tranziția ecologică și digitală ca o prioritate absolută, cu consecințele juridice aferente în privința acțiunii și dreptului statelor membre. Prin acțiunea realizată la nivelul sistemelor sociale dominante, procesele din prezent afectează societatea ca întreg, așa cum o arată răspândirea folosirii anumitor sintagme pe planul discursului politic oficial („noua normalitate”) ori al dezbaterilor social-economice cu factor de impact remarcabil („marea resetare”). Neputând ignora nici schimbările reale, nici reflectarea lor ideatică, discursul academic specific cercetării științifice fundamentale reclamă însă aducerea unor asemenea sintagme la nivelul unor concepte teoretice specializate disciplinar, iar sesiunea științifică organizată de Institutul de Cercetări Juridice „Andrei Rădulescu” al Academiei Române în anul 2023 urmărește explorarea posibilităților de traducere a „tranziției” și „tranzițiilor” globale cu care se confruntă astăzi (și) societatea românească în limba conceptelor specifice dreptului ca știință și ramurilor acestuia ca discipline academice.

Prof. univ. dr. Mircea Duțu
Directorul Institutului de Cercetări Juridice
„Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

COMITET ȘTIINȚIFIC

Prof. dr. Mircea DUȚU, Director – 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, cercetător științific I – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. dr. Dana TOFAN, cercetător științific I – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. dr. Gheorghe BUTA, cercetător științific I – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. dr. Mihai ȘANDRU, cercetător științific I – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. univ. dr. Dan ȚOP, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Dr. Tudor AVRIGEANU, cercetător științific II – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. dr. Nicoleta-Elena HEGHEȘ, cercetător științific II – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Dr. Versavia BRUTARU, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Conf. dr. Aura PREDA, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Conf. univ. dr. Constanța MĂTUȘESCU, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Conf. univ. dr. Ilie GENOIU, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Conf. univ. dr. Steluța IONESCU, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Lector univ. dr. Marius ANDREESCU, Universitatea din Pitești
Conf. univ. dr. Elise VÂLCU, Universitatea din Pitești
Conf. univ. dr. Andreea DRĂGHICI, Universitatea din Pitești

COMITET de ORGANIZARE

Dr. Tudor AVRIGEANU, cercetător științific II – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. univ. dr. Mihai ȘANDRU, cercetător științific I – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. univ. dr. Nicoleta-Elena HEGHEȘ, cercetător științific II – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Prof. univ. dr. Ion IFRIM, cercetător științific II – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Dr. Versavia BRUTARU, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Dr. Mihaela-Gabriela BERINDEI, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Dr. Radu STANCU, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Conf. univ. dr. Aura PREDA, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Conf. univ. dr. Denisa BARBU, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Conf. univ. dr. Claudia GILIA, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Conf. univ. dr. Andreea TABACU, Universitatea din Pitești
Lector univ. dr. Ion FLĂMÎNZEANU, cercetător științific III – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Dr. Oana-Florentina ISPAS, cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Lector univ. dr. Iulia BOGHIRNEA, Universitatea din Pitești
Lector univ. dr. Dumitru VĂDUVA, Universitatea din Pitești
Lector univ. dr. Manuela NIȚĂ, Universitatea „Valahia” din Târgoviște
Dr. Dumitru DOBREV, cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Jr. Rozalia FLĂMÎNZEANU, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române
Jr. Iolanda VASILE, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române

CUPRINS

[SUMMARY]

Secțiunea – Drept procesual civil, drept comercial, insolvență

[The Section – Civil Procedural Law, Commercial Law, Insolvency]

Examen al practicii judiciare în materia atragerii răspunderii organelor de conducere ale debitoarei aflate în încetare de plăți. Atragerea răspunderii administratorului în condițiile art. 169 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014 *[Analysis of The Judicial Practice Regarding The Liability of The Insolvent Debtor's Management Bodies Attracting The Responsibility of The Administrator Under The Conditions of Art. 169 para. (1) lit. d) from Law no. 85/2014]*

Dumitru DOBREV 13

Regimul legal al dobânzilor în dreptul profesioniștilor-comercianți *[The Legal Regime of Interests in The Law of Professionals-Traders]*

Dumitru VĂDUVA 19

Societatea comercială în lumina noilor modificări ale reglementărilor societare *[The Commercial Company in The Light of the New Changes in The Company Regulations]*

Dragoș DAGHIE 25

Secțiunea – Drept civil, dreptul muncii, dreptul familiei

[The Section – Civil Law, Labor Law, Family Law]

Statutul îngrijitorului la domiciliu *[Home Caregiver Status]*

Raluca DIMITRIU 39

Considerații privind noile reglementări ale instituției reprezentanților salariaților din legea dialogului social *[Considerations Regarding The New Regulations of The Institution of The Employee Representatives From The Social Dialogue Law]*

Dan ȚOP 46

Avatarurile termenelor substanțiale și procedurale în dreptul muncii *[The avatars of Substantial and Procedural Terms in Labour Law]*

Corina-Mihaela MARCU- ȘIMAN 52

Considerații cu privire la contractele electronice și consensualismul digital *[Considerations Regarding Electronic Contracts and Digital Consensualism]*

Elena SÂRGHI 61

Inteligența artificială la încheierea contractelor. Și cum rămâne cu protecția datelor personale? [<i>Artificial Intelligence When Concluding Contracts. And What About Personal Data Protection?</i>] Mirela Carmen DOBRILĂ	71
Caracterizarea noțiunii de fază post-contractuală [<i>Definition of Post-Contractual Period</i>] Radu STANCU	90
Incidența Legii numărul 140 din 2022 asupra materiei moștenirilor [<i>The Incidence of Law No. 140 of 2022 on The Matter of Inheritances</i>] Ilioara GENOIU	98
Despre transmiterea proprietății private asupra imobilelor în perioada de tranziție a sistemelor de publicitate imobiliară [<i>Entry in The Land Register, The Perspective of The Transmission of The Property Right</i>] Oana-Florentina ISPAS	108
Dreptul la despăgubiri în cadrul divorțului contencios [<i>The Right to Compensation in Contentious Divorce</i>] Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU	118
Câteva considerații privind dreptul copiilor minori la întreținere din partea părinților [<i>Some Considerations Regarding The Right of Minor Children to Maintenance From Their Parents</i>] Mihaela-Gabriela BERINDEI	126
Considerații pe marginea răspunderii pentru fapta persoanei care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială [<i>Considerations Regarding The Liability For The Act of The Person Benefiting From Legal Advice or Special Guardianship</i>] Nora Andreea DAGHIE	136

Secțiunea – Teoria generală a dreptului, filosofia și sociologia dreptului [<i>The Section – General Theory of Law, Philosophy and Sociology of Law</i>]

Despre unitate, diversitate și schimbare în evoluția istorică a dreptului [<i>On unity, diversity and change in the historical evolution of law</i>] Ion CRAIOVAN	147
Dreptul ca valoare și valoarea dreptului [<i>The Law as Value and The Value of The Law</i>] Emilian CIONGARU	155
Reflectarea școlilor dreptului în gândirea juridică românească: Școala dreptului natural și școala istorică a dreptului [<i>Reflecting the Schools and Currents of Law in Romanian Legal Thought: The School of Natural Law and the Historical School of Law</i>] Viorel MIULESCU	160

Importanța practică a interpretării corecte a legilor [<i>The practical importance of correct interpretation of laws</i>] Maria-Luiza HRESTIC, Ivan Vasile IVANOFF	165
Respectarea legilor și a drepturilor celorlalți [<i>Respecting The Laws and The Rights of Others</i>] Ion FLĂMÎNZEANU	170
Constante ale Dreptului, constante sociale – constante contrastante? [<i>Constants of Law, Social Constants – Contrasting Constants?</i>] Cristian NEACȘIU	175

Secțiunea – Drept constituțional, drept administrativ [<i>The Section – Constitutional Law, Administrative Law</i>]

Justiția constituțională în tranziție [<i>Constitutional Justice In Transition</i>] Marieta SAFTA	185
Suveranitatea națională și puterea de stat în contextul integrării euroatlantice a României [<i>National Sovereignty and State Power in The Context of Romania's Euroatlantic Integration</i>] Marius ANDREESCU	197
Efectul direct al hotărârilor penale pronunțate de statele membre ale Uniunii Europene în lumina CJUE. Implicații asupra reținerii recidivei internaționale [<i>The Direct Effect of The Criminal Judgments Pronounced by The Member States of The European Union in The Light of The CJEU. Implications on The Deterrence of International Recidivism</i>] Milutin Adrian TRUICHICI, Luiza NEAGU	206
Unele considerații privind influența calității reglementării actelor administrației publice asupra statului de drept din România într-o societate aflată permanent în tranziție [<i>Some Considerations Regarding The Tnfluence of The Quality of Regulation of Public Administration Acts on The Rule of Law in Romania in a Aociety Permanently in Transition</i>] Valentin-Stelian BĂDESCU	213
Dreptul și societatea contemporană – evoluție sau involuție[<i>Law and Contemporary Society – Evolution or Involution</i>] Iosif FRIEDMANN–NICOLESCU	223
Demarhia sau despre încercarea de îmblânzire a hazardului: între trecut și viitor [<i>Demarchia or about the attempt to tame the hazard: between past and future</i>] Cosmin ȚUGUI	226

Secțiunea – Drept european/drept internațional public

[The Section – European Law/Public International Law]

Dinamica dreptului internațional în societatea contemporană și transdisciplinaritatea sa <i>[Dynamics of International Law in Contemporary Society and its Transdisciplinaryness]</i> Cristina Elena POPA–TACHE	239
Principiul proporționalității în domeniul confidențialității și protecției datelor: Riscurile dezechilibrului raportului public – privat <i>[The Principle of Proportionality in the Field of Data Protection and Privacy: The Risks of the Public-Private Relationship Imbalance]</i> Marius-Cătălin MITREA	253
Inteligența artificială. Recomandări, orientări și cadrul juridic în România <i>[Artificial Intelligence. Recommendations, Guidelines and the Legal Framework in Romania.]</i> Daniela GHÎȚULEASA (DUȚĂ)	264
Cadrul legislativ unional și de transpunere privind contractele de vânzare de bunuri încheiate între vânzători și consumatori în condițiile unei economii digitalizate <i>[Union Legislative and Transposition Framework Regarding Contracts for The Sale of Goods Concluded Between Sellers and Consumers in The Conditions of a Digitalized Economy]</i> Elise Nicoleta VÂLCU	272

Secțiunea – Științe penale, criminologie

[The Section – Criminal Sciences, Criminology]

Adaptarea dreptului penal la evoluția digitală – Fenomenul Cyberbullying <i>[Adaptation of Criminal Law to Digital Evolution – Cyberbullying Phenomenon]</i> Versavia BRUTARU	283
Mijloace de identificare electronică <i>[Methods of Electronic Identification]</i> Nicoleta-Elena HEGHEȘ	293
Considerații generale privind infracțiunile contra persoanei <i>[General Considerations Regarding The Crimes Against The Person]</i> Ion RISTEA	299
Noi reflecții privind criza dogmaticii penale <i>[New Reflections on The Penal Dogmatic Crisis]</i> Mioara-Ketty GUIU	308
Unele considerente privind constatarea infracțiunilor flagrante privind securitatea națională <i>[Some Considerations Regarding The Detection of Flagrant Crimes Regarding National Security]</i> Cristian POPA, Romeo-Ioan GÂRZ	327

Probleme în legătura cu revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere [<i>Problems in Connection with The Revocation of The Suspension of The Execution of The Sentence Under Supervision</i>] Victor Andrei CĂRCĂLE	332
Analiza cantitativă privind victimele traficului de persoane în/din România (2020-2021) [<i>Quantitative Analysis of Victims of Human Trafficking in/from Romania (2020-2021)</i>] Aura PREDA	337
Justiția restaurativă, o soluție majoră a timpurilor noastre [<i>Restorative Justice, a Major Solution of Our Time</i>] Mihaela AGHENIȚEI, Adriana Iuliana STANCU	348
Reacția socială împotriva criminalității [<i>Social Reaction Against Crime</i>] Mihaela AGHENIȚEI, Getty Gabriela POPESCU	352
Dreptul românesc în perioada tranziției către societatea criminogenă actuală [<i>Romanian Law During The Transition to The Current Criminogenic Society</i>] Tiberiu-Viorel POPESCU	358

Secțiunea – Drept procesual civil, drept comercial, insolvență

[The Section – Civil Procedural Law, Commercial Law, Insolvency]

Examen al practicii judiciare în materia atragerii răspunderii organelor de conducere ale debitoarei aflate în încetare de plăți. Atragerea răspunderii administratorului în condițiile art. 169 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014

[Analysis of The Judicial Practice Regarding The Liability of The Insolvent Debtor's Management Bodies Attracting The Responsibility of The Administrator Under The Conditions of Art. 169 para. (1) lit. d) from Law no. 85/2014]

CS dr. Dumitru DOBREV*

Abstract: The cases under analysis are presented from two argumentation perspectives, a major one and a minor one, both leading (with regard to the same factual situation) to contrary solutions: admitting or dismissing the action for the liability of the administrator and/or other managers for the debtor's stopping payments. Also presented are the efforts of the High Court of Cassation and Justice to unify jurisprudence in the field of this very common action in insolvency proceedings.

Keywords: Action for The Liability of The Administrator; Art. 169 of Law no. 85/2014; Debtor; Trustee in Bankruptcy; Managers of The Company in Debt Who Are Guilty for The Emergence or Increase of The Insolvency Situation; Fictitious Accounting;

1. Considerații generale

Răspunderea reglementată de prevederile art. 169 din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență este o specie de răspundere civilă delictuală destinată să asigure acoperirea pasivului unui debitor în situația în care activul patrimonial al acestuia nu satisface toate creanțele înscrise la masa credală. Prevederile art. 169 din lege reglementează câteva ipoteze bine determinate în care membrii organelor de conducere și/sau supraveghere ale persoanei juridice ajunse în stare de insolvență sau orice alt terț care a cauzat această stare, vor putea fi obligați să suporte o parte a pasivului debitorului, dacă prin activitatea lor au contribuit la provocarea insuficienței lichidităților, ca stare a patrimoniului debitorului. Așa cum rezultă din textul art. 171 din lege, acest tip de răspundere poate interveni, teoretic, în orice etapă procedurală, fie în reorganizare judiciară, fie în faliment în cazul procedurii generale, fie în faliment în cazul procedurii simplificate.

Nu suntem de acord cu unii autori¹ ce susțin că „în cazul reorganizării judiciare, sumele de bani obținute ca urmare a răspunderii persoanelor mai sus menționate vor fi destinate completării fondurilor necesare continuării activității debitorului”.

Deși teoretic este posibil, practic acest lucru nu se întâmplă pentru că o astfel de acțiune, pentru a fi promovată cu succes, are nevoie de un petit foarte bine determinat – care anume parte a creanțelor înscrise la masa credală a rămas neacoperită din averea debitoarei? În ipoteza unei reorganizări reușite este posibil ca debitoarea să-și poată plăti din averea proprie întreaga masă

* Cercetător științific, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; dumitru@dobrinescudobrev.ro.

¹ Ioan Adam, *Atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere și a altor persoane pentru intrarea în insolvență a debitorului*, Revista Dreptul, nr. 4/2018, pp. 30-86.

credală sau o parte semnificativă a acesteia. Motiv pentru care acțiunea poate fi considerată prematur introdusă în cazul în care debitorul urmează un plan de reorganizare sau are bunuri care pot fi valorificate în procedura de faliment.

2. În această analiză de practică judiciară ne propunem să individualizăm soluțiile, uneori divergente în materia atragerii răspunderii organelor de conducere pentru ajungerea în starea de insolvență cu strictă referire la art. 169 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014²

În practica judiciară anterioară, art. 138 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2006 era invocat obsesiv în covârșitoarea majoritate a cererilor de atragere a răspunderii administratorilor, mai ales de către creditorul fiscal, atunci când acestuia i se acordă legitimare procesuală activă pentru a promova această acțiune în baza art. 138 alin. (2) (creditor care deține mai mult de 50% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală). Rezultatele, după cum se știe, nu erau de loc pe măsura așteptărilor, dar fîscul, în ciuda insucceselor pe bandă, continua împerturbabil cu cereri „copy-paste” în care se invoca „neținerea contabilității în conformitate cu Legea contabilității nr. 82/1991”. Faptele ce se imputau conducerii debitoarei *in concreto* se rezumă la „nede punerea raportărilor contabile obligatorii la organul fiscal la care era arondat debitorul”. Cu o motivare standard, ca în decizia nr. 406 din 19 martie 2008 a Curții de Apel Suceava³, instanțele respingeau astfel de cereri întrucât „neținerea contabilității în conformitate cu legea nu este aptă prin ea însăși să provoace insolvența” și că ar trebui demonstrată legătura de cauzalitate dintre această faptă și rezultatul vătămător – ajungerea debitorului în starea de insolabilitate.

În prezent, practica judiciară în baza art. 169 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014 a evoluat într-o direcție opusă.

În mod curent, în ipoteza în care fostul administrator statutar/administratorul speciale al debitoarei în încetare de plăți nu predă administratorului judiciar/lichidatorului documentele din contabilitate, cererile de atragere a răspunderii se admit cu următoarea motivare⁴:

„Curtea reține că judecătorul sindic a reținut în mod greșit că nu sunt îndeplinite condițiile răspunderii patrimoniale prevăzute de art. 169 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 în sarcina intimatului-pârât. Astfel, deși a reținut în mod corect că în ce privește condiția existenței

² Art. 169 alin. (1) lit. d) din Legea nr. 85/2014 se referă la „fapta membrilor organelor de supraveghere din cadrul societății sau de conducere, precum și a oricărei alte persoane care a cauzat starea de insolvență a debitoarei, prin ținerea unei contabilități fictive, prin dispariția unor documente contabile sau prin neținerea contabilității în conformitate cu legea”.

³ A se vedea decizia nr. 406 din 19 martie 2008 pronunțată de Curtea de Apel Suceava în dosarul nr. 4784/86/2006 cu următorul considerent decizoriu: „Instanța nu a subscris argumentului recurentei care arată că art. 138 lit. d) instituie o prezumție a vinovăției și a legăturii de cauzalitate dintre fapta ilicită și insolvență întrucât aceasta ar însemna o îndepărtare nejustificată de litera și spiritul art. 1169 C. civ. care instituie sarcina probei asupra celui care invocă o anume stare de fapt. Prezumțiile legale sunt expre și limitativ prevăzute de lege (art. 1200 C. civ.) și doar ele răstoarnă sarcina probei, or rezultă cu îndestulătoare evidență că art. 138 lit. d) nu instituie o prezumție, ci doar limitează faptele ilicite cerând însă expre condiția existenței raportului de cauzalitate dintre aceste fapte și starea de insolvență. Așadar, chiar dacă ar fi dovedită fapta de la art. 138 lit. d), aceasta nu înseamnă că, pe cale de consecință imediată, a produs și insolvența, întrucât aceasta se poate datora a numeroase și diverse cauze (nepriceperea comerciantului, situația economică generală, piața financiară etc.). În plus, nu s-a făcut dovada că pârâtul a făcut să dispară documente contabile și nici că nu a ținut contabilitatea în conformitate cu legea. S-a dovedit doar, pe baza rapoartelor întocmite de lichidator, că nu a depus documentele contabile. Se poate reține pe calea unei prezumții judiciare (art. 1203 C. civ.) că prin nede punerea documentelor contabile este dovedită fapta ilicită de la art. 138 lit. d) însă același tip de prezumție nu poate constitui un instrument al dovedirii insolvenței întrucât neținerea contabilității în conformitate cu legea nu este aptă prin ea însăși să provoace insolvența. Prezumțiile nu înlocuiesc nici probele, nici sarcina probei, având doar un caracter complementar și subsidiar”.

⁴ Decizia nr. 637 din 11 decembrie 2019, Curtea de apel Constanța, Secția a II-a Civilă și de Contencios Administrativ și Fiscal publicată pe site-ul internet www.sintact.ro.

prejudiciului, acesta rezultă atât din starea de insolvență în care se află debitoarea cât și existența creanței împotriva debitoarei, anume cea menționată în tabelul definitiv, în mod greșit judecătorul sindic a apreciat că pârâtul nu a contribuit la starea de insolvență a societății. Fapta administratorului statutar de a nu ține contabilitatea societății debitoare a cauzat prejudiciul reprezentat de pasivul neachitat al societății, iar conform prevederilor mai sus menționate, legătura de cauzalitate și culpa acestuia se prezumă. Apărările intimatului – pârât în sensul că nu se poate antrena răspunderea sa în baza unei prezumții simple, nesusținute de alte probe sunt nefondate. Presumția legală răstoarnă sarcina probei, aspect reglementat în mod clar de către prevederile art. 328 Cod procedură civilă. Apelanta – creditoare a probat faptul cunoscut, conex, al prezumției, respectiv că intimatul – pârât nu a predat documentele contabile. În baza art. 328 alin. (1) Cod procedură civilă, raportat la art. 169 alin. (1) lit. d din Legea nr. 85/2014 s-a născut astfel prezumția legală că intimatul – pârât, în mod culpabil, a ținut o contabilitate fictivă, a făcut să dispară unele documente contabile sau nu a ținut contabilitatea în conformitate cu legea iar această faptă a cauzat starea de insolvență a societății debitoare. Pentru toate aceste considerente, Curtea reține că sunt îndeplinite în sarcina intimatului – pârât A. C. condițiile răspunderii patrimoniale prevăzute de art. 169 alin. (1) lit. d din Legea nr. 85/2014, motiv pentru care acesta trebuie să suporte pasivul în suma de xxxxx lei al societății debitoare C. T. S.R.L.”

În momentul de față chestiunea este tranșată de Decizia nr. 14/2022 din 27 iunie 2022 a Completului ICCJ competent să judece recursul în interesul legii care a statuat că „În interpretarea și aplicarea unitară a dispozițiilor art. 169 alin. (1) lit. d) teza a doua din Legea nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență, cu modificările și completările ulterioare, în cazul în care pârâtul nu predă documentele contabile practicianului în insolvență, după prealabila notificare, se prezumă relativ întrunirea tuturor condițiilor necesare atragerii răspunderii patrimoniale pentru fapta prevăzută de art. 169 alin. (1) lit. d) din aceeași lege”.

Deși suntem de acord cu soluția de unificare a practicii la care s-a ajuns prin acest RIL nu suntem de acord cu motivarea ICCJ: „Privit ca element al răspunderii civile delictuale, raportul de cauzalitate presupune că, prin săvârșirea faptei ilicite, s-a provocat starea de insolvență. Din această perspectivă, reglementarea actuală desemnează raportul de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu prin sintagma „au contribuit la starea de insolvență a debitorului”, ceea ce înseamnă că, în determinarea raportului de cauzalitate, sistemul adoptat în legea specială este cel care pornește de la teza indivizibilității cauzei cu condițiile. Teza principală de bază a acestui sistem, așa cum este reliefată în literatura de specialitate (Constantin Stătescu, Corneliu Bîrsan, *Drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Editura All, București, 1992, p. 178), este aceea că în stabilirea raportului causal trebuie avut în vedere că fenomenul cauză nu acționează izolat, singur, ci că desfășurarea lui este condiționată de anumiți factori, care, fără a produce ei înșiși, direct, efectul păgubitor sau realmente periculos, favorizează totuși producerea acestui efect. Acest sistem integrează în cauzalitate toate acțiunile ilicite ce au făcut posibilă într-o manieră reală și efectivă însăși săvârșirea acelei fapte ilicite care, în cele din urmă, a avut rolul de cauză a prejudiciului”.

Nu putem fi de acord cu această motivare întrucât:

a) cauza insolvenței poate fi cu totul alta și poate fi decelată numai dacă există probele – înscrisurile din contabilitatea primară a debitorului. Dacă debitorul împiedică practicianul în insolvență să examineze aceste înscrisuri el sabotează orice încercare de a se afla care a fost cauza care a dus la insolvență. Ca urmare noi suntem în ipoteza în care nu putem stabili care au fost faptele sau actele care au dus la starea de insolvență și a stabili legătura de cauzalitate dintre faptă și prejudiciu. În această din urmă situație, nu faptul nepredării documentelor contabile este generatorul stării de insolvență ci avem de a face o prezumție relativă de culpă instituită de

legiuitor – cel care distruge probe are ceva de ascuns și face acest lucru cu o anume motivație – aceea de a nu se afla adevărul. Ca urmare prezumția este extinsă la toate elementele răspunderii civile delictuale ce se consideră astfel întrunite: – cei care refuză să predea documentele contabile practicianului în insolvență, o fac doar pentru a nu deschide cutia Pandorei...

b) Lanțul causal al insolvabilității e totdeauna anterior momentului încetării plăților. El nu poate fi niciodată posterior acestui moment. Faptele omisive/comisive sau actele juridice ale conducerii debitoare au loc în așa numita „perioadă suspectă” care ca punct terminus momentul încetării plăților. Ca urmare, fapta nepredării contabilității către administratorul judiciar desemnat în procedură e întotdeauna ulterioară momentului deschiderii procedurii concursuale, deci și momentului încetării plăților și nu poate să facă parte din acest lanț causal.

3. O altă chestiune care a creat divergențe în materia atragerii răspunderii organelor de conducere pentru ajungerea în starea de insolvență cu strictă referire la art. 169 din Legea nr. 85/2014 a fost chestiunea concursului între act administrativ-fiscal emis în baza art. 25 din Codul de procedură fiscală pentru atragerea răspunderii solidare a acelorași persoane care sunt vizate și de acțiunea în atragerea răspunderii solidare în baza art. 169 din Legea nr. 85/2014 introdusă de administratorul/lichidatorul judiciar

Situațiile premisă sunt extrem de diverse:

a) actul administrativ-fiscal de atragere a răspunderii solidare a persoanelor care au contribuit la instalarea stării de insolvabilitate a fost sau nu atacat la instanța de contencios administrativ în baza art. 8 alin. (1) din Legea nr. 554/2004;

b) fiscalul este unicul creditor rămas neplătit și înscris pe tabelul definitiv și consolidat;

c) sunt o multitudine de creditori neplătiți, înscrși pe tabelul definitiv și consolidat iar fiscalul e unul dintre ei, cu o creanță de sub 30% din total;

În funcție de aceste situații premisă, au apărut două tipuri de soluții definitive:

a) să respingă cererea de atragere a răspunderii patrimoniale ca lipsită de interes, cu motivarea: *„pentru că apelanta deține deja un titlu executoriu (act administrativ-fiscal) prin care s-a antrenat deja răspunderea pârâtei, neavând relevanță faptul că nu s-a reușit recuperarea sumelor de bani datorate conform aceluși titlu executoriu, căci această împrejurare nu poate determina obținerea unui nou titlu executoriu pentru aceeași faptă și aceeași sumă”*.

b) să respingă excepția lipsei de interes cu motivarea *„Fiind vorba de două tipuri distincte de răspundere angajate în două proceduri diferite cu condiții proprii, nu se poate susține că existența uneia dintre acestea a exclude pe cealaltă, astfel că nici excepția lipsei de interes a lichidatorului judiciar în promovarea cererii de antrenare nu este întemeiată, atâta timp cât introducerea unei astfel de acțiuni este obligatorie în situația identificării uneia dintre cauzele de antrenare a răspunderii reglementată de art. 169 din Legea nr. 85/2014”*.

c) doar în aparență suntem în ipoteza unei duble sancțiuni⁵ și că soluția din acțiunea în atragerea răspunderii întemeiată pe art. 169 din Legea nr. 85/2016 poate coexista cu alte titluri executorii emise pentru aceeași faptă.

⁵ A se vedea pentru detalii Decizia nr. 726/02.04.2018, Curtea de Apel Pitești, Secția a II-a civilă, de contencios administrativ și fiscal publicată pe site-ul internet www.sintact.ro: „În ce privește susținerile recurente conform căreia în ce privește prejudiciul nu se mai poate obține repararea acestuia prin prezenta acțiune Curtea are în vedere faptul că acțiunea în antrenarea răspunderii, deși este o formă specială a răspunderii delictuale, totuși se deosebește de răspunderea civilă delictuală de drept comun, prin finalitatea diferită urmărită prin cele două tipuri de acțiuni, astfel acțiunea în antrenare de răspundere are ca scop repararea prejudiciului constând în ansamblul drepturilor de creanțe înscrise la masa credală, în timp ce în cazul răspunderii civile delictuale de drept comun (ipoteza asimilată și atunci când se formulează o acțiune civilă alăturată unei acțiuni penale) scopul urmărit este acela al reparării prejudiciului

Referitor la argumentul „*electa una via*”, una din instanțe aduce ca argument decizia nr. 3151/09.10.2013 a Secției a II-a civile a ÎCCJ: „*Înalta Curte reține ca întemeiată critica recurenților privitoare la faptul că dezlegarea dată prin încheierea din 2 mai 2012 a uneia și aceleiași chestiuni de fapt nu mai putea fi reluată prin judecata de față. O atare concluzie este impusă de conținutul art. 399 alin. (1) C. pr. civ. (vechi – n.n. DD), text de lege reținut ca aplicabil în speța de față, de către instanța de fond, care reglementează principiul electa una via, non datur recursus ad alteram. În alți termeni, în cazul în care legea prevede două căi procedurale diferite, cu aceeași finalitate, opțiunea părților implicate în proces pentru prima posibilitate – în speță, procedura prevăzută de art. 281¹ C. proc. civ., care este supusă unor termene imperative, împiedică accesul la cea de-a doua cale procedurală, respectiv, contestația la titlu reglementată de art. 399 alin. (1) C. proc. civ. pentru lămurirea aceleiași chestiuni de fapt*”.

Se observă că nu suntem unui act normativ care prevede două proceduri cu aceeași finalitate și care are o normă care impune principiul *electa una via* – cum ar fi Codul de procedură civilă (Cuza) cu art. 399 alin. 1. Ipoteza noastră este ce a două legi paralele cu obiect diferit de reglementare – Codul Insolvenței (Legea nr. 85/2014) și Codul de procedură fiscală fără nici o normă care să impună *de lege lata* regula *electa una via*.

Ca urmare, nu putem aplica în mod mecanic acest principiu, ca și cum am avea un text de drept pozitiv care ne-ar impune principiul de interpretare „*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*”.

În ipoteza dată putem distinge între mai multe situații premisă:

a) situația în care fiscul e unicul creditor înscris la masa credală, sau deține mai mult de 30% din valoarea creanțelor înscrise la masa credală și într-adevăr, ar putea să obțină două titluri executorii pentru aceeași sumă împotriva persoanei/persoanelor cărora li s-a atras răspunderea solidară, ceea ce ar fi total injust.

În ipoteza în care fiscul e unicul creditor înscris la masa credală, deține deja un titlu executoriu emis în baza art. 25 din Codul de procedură fiscală împotriva persoanelor care au cauzat insolvența este justificată respingerea acțiunii în baza art. 169 din Codul insolvenței împotriva aceluiași persoane ca lipsită de interes. Nu e necesar pentru aceasta ca actul administrativ fiscal să fi fost urmat de o acțiune respinsă definitiv în contencios administrativ deoarece el se bucură de prezumția de legalitate și de executorialitate până se pronunță o hotărâre definitivă în contencios fiscal. Cu totul altă soluție se impune dacă actul administrativ-fiscal emis în baza art. 25 din Codul de procedură fiscală a fost suspendat de instanța de contencios administrativ în baza art. 14 din Legea nr. 554/2004. În această ipoteză, prezumția sa de legalitate nu mai funcționează.

b) situația în care la masa credală sunt înscrși o multitudine de creditori cu ranguri diferite, fiscul e doar unul dintre ei și are mai puțin de 30% din masa credală, fiind astfel obligat să se adreseze administratorului/lichidatorului judiciar/președintelui comitetului creditorilor pentru promovarea acțiunii de atragere a răspunderii.

cauzat persoanei vătămate. În speță, deși prin sentința penală mai sus menționată s-a reținut că prejudiciul ce se impune a fi reparat prin faptele inculpatului este reprezentat de suma de 25.695,25 lei, Curtea pentru considerentele expuse anterior apreciază că în ce privește fapta prevăzută de art. 138 din Legea nr. 85/2004 reținută în sarcina recurentei, datorită faptului că aceasta a reprezentat în același timp și conținutul material al infracțiunii de evaziune fiscală, prejudiciul cauzat a fost același. Este real că printr-o asemenea soluție se poate aprecia formal care ar exista o dublă sancțiune, însă o asemenea aspect nu poate fi reținut întrucât suma achitată de către recurentă va fi unică, însă va diferi modalitatea de executare a acesteia în raport de dispozițiile *Codului de procedură fiscală*”.

În această ipoteză considerăm că acțiunea de atragere a răspunderii nu este lipsită de interes deoarece, prin executarea silită a titlului provenit din acțiunea în atragerea răspunderii în baza art. 169 din Legea 85/2014 au vocația de a se îndeștula și alți creditori, cu alte ranguri de preferință. În ipoteza aceasta, dacă fiscul are un titlu executoriu individual pe care și l-a emis singur în baza art. 25 din Codul de procedură fiscală, e într-adevăr obligația debitorului persoană fizică să urmărească de unde anume se îndeștulează fiscul și pe calea contestației la executare să cenzureze eventualele situații în care fiscul ar încasa de două ori aceeași creanță.

Discuții sunt și cu privire la puterea de lucru judecat a unei sentințe pronunțată în contencios fiscal în ipoteza în care avem o suprapunere între elementul material al răspunderii fiscale și cel din art. 169 alin. (1) din Legea 85/2014 dacă se stabilește că faptele imputate nu sunt de natură să atragă răspunderea solidară a persoanelor presupus vinovate de ajungerea debitoarei în stare de încetare de plăți. Încadrarea unei stări de fapt printr-o hotărâre judecătorească definitivă de anulare a unui act administrativ fiscal emis în baza art. 25 din Codul de Procedură Fiscală va produce efecte și în cadrul judecării unei cereri în baza art. 169 alin. (1) din Legea nr. 85/2014 cu privire la aceleași elemente, în baza principiului opozabilității hotărârilor judecătorești reglementat de art. 435 Cod de procedură civilă⁶.

⁶ A se vedea pentru detalii, minuta întâlnirii președinților secțiilor de contencios administrativ și fiscal ale Înaltei Curți de Casație și Justiție și curților de apel – Curtea de Apel Craiova, 17-18 octombrie 2019 publicată pe site-ul internet <http://inm-lex.ro/wp-content/uploads/2020/02/Minuta-intalnire-SCAF-punctaj-principal-17-18-octombrie-2019-Craiova-1.pdf>.

Regimul legal al dobânzilor în dreptul profesioniștilor-comercianți

[The Legal Regime of Interests in The Law of Professionals-Traders]

Lector univ. dr. Dumitru VĂDUVA*

Abstract: Civil liability is a source of obligations. This has a common regime in principle, with differences only in detail between tortious and contractual liability. The obligation to pay a sum of money generally originates in the contract but may also be owed under a court decision, for example, as damages for a damage caused by a tort. The delay in the execution of the obligation to pay the amount of money gives rise to a new obligation, that of default damages, representing the damage caused by the delay in payment. The delay in the payment of monetary obligations has a higher cost for the debtor of the professional creditor in relation to that owed to the non-professional creditor. The difference in the cost of the delay owed by the debtor in the two scenarios is dictated by the rate of percentage points that are added to the legal interest rate, which is the monetary policy interest rate of the National Bank of Romania.

Keywords: Civil Liability; Contractual Civil Liability; Professionals; Interest; Liquidated Damages

Introducere. Dobânzile moratorii au un regim specific în dreptul profesioniștilor, regulile acestora fiind unele dintre puținele rămase în dreptul obligațiilor profesioniștilor. Păstrarea acestor reguli în dreptul profesioniștilor, prin absorbirea lor în Codul civil din Codul comercial 1887, este dictată de rațiunea, comună tuturor celorlalte reguli care alcătuiesc acest drept, protejării creanțelor profesioniștilor și a executării cu celeritate a acestora.

Dreptul comun al obligațiilor este cel care organizează regimul dobânzilor moratorii, în dreptul profesioniștilor aceste reguli având câteva aplicații particulare unele chiar derogatorii precum și în organizarea unor reguli a căror aplicare asigură un nivel mai mare al cuantumului daunelor-interese moratorii.

Regimul dobânzilor moratorii în dreptul profesioniștilor necesită deci aplicarea regulilor dreptului comun al dobânzilor (I) unele dintre acestea fiind însă înlăturate de regimul special al dobânzilor organizat pentru sancționarea întârzierii executării obligațiilor de plată a datoriilor bănești născute din exploatarea întreprinderilor (II).

I. Dreptul comun al dobânzilor

1. Noțiunea de dobândă. Dobânda remuneratorie și dobânda penalizatoare. Sediul materiei: art. 1.489 și art. 1.535-1.532, 1.534-1.536 C. civ. și O.G. nr. 13/2011¹.

Dobânda are două funcții: dobândă remuneratorie, aceasta fiind stabilită convențional; și dobândă sancționatoare, o sumă de bani, reprezentând daunele-interese moratorii datorată de debitor pentru prejudiciul produs prin întârzierea executării obligației de plată a sumei de bani, al cărui quantum este evaluat legal, în lipsa unei dobânzi convenționale moratorii ori a unei clauze penale [art. 1 alin. (1) din O.G. nr. 13/2011].

* Universitatea din Pitești, Facultatea de Științe Economice și Drept; dimitru_vaduva@yahoo.com.

¹ O.G. nr. 13/2011 privind dobânda legală remuneratorie și penalizatoare pentru obligații bănești precum și pentru reglementarea unor măsuri financiar-fiscale în domeniul bancar, publicată în M. Of. nr. 607 din 29 august 2011.

Totodată, legea asimilează sumei de bani datorată cu titlu de dobândă și alte prestații la care debitorul se obligă cu titlu de echivalent al folosinței capitalului [art. 1 alin. (5) din O.G. nr. 13/2011].

a. Dobânda convențională este suma de bani datorată de debitor în temeiul contractului, cu titlu de preț pentru beneficiul folosirii capitalului creditorului. Această dobândă poartă denumirea de dobândă remuneratorie. În lipsa stipulării în contract a ratei acestei dobânzi cuantumul ei se calculează potrivit regulilor dobânzii legale [art. 1.489 alin. (1) C. civ.].

b. Dobânda penalizatoare. În opoziție cu cea convențională, dobânda penalizatoare este datorată în virtutea legii și tot la fel este stabilit și cuantumul ei, fiind o noțiune specifică regimului general al executării silite a datoriei plății unei sume de bani de debitor. Dobânda penalizatoare reprezintă suma de bani, al cărui cuantum este fixat de lege, reprezentând daunele-interese pentru prejudiciul produs creditorului prin întârzierea executării datoriei de plată a unei sume de bani. Pe scurt, dobânda penalizatoare reprezintă daunele-interese, denumite în acest caz daune-interese moratorii (mora-întârziere), pentru întârzierea executării datoriei de plată a unei sume de bani, de exemplu, prețul datorat dintr-un contract.

2. Condițiile generale ale răspunderii debitorului pentru neexecutarea obligațiilor contractuale.

Ca reguli comune ale răspunderii civile, deci și în răspunderea contractuală, nașterea obligației la reparare necesită îndeplinirea condițiilor: punerea în întârziere a debitorului; dovada obligației pe care debitorul avea datoria să o execute, în cazul răspunderii contractuale aceasta fiind dovedită prin proba contractului care a generat această obligație; încălcarea acesteia, în răspunderea contractuală prin omisiunea executării, executarea neconformă sau cu întârziere, sarcina acestei probe revenind creditorului doar dacă obligația contractuală este de prudență și diligență, în cazul răspunderii contractuale pentru cea de rezultat fiind suficientă dovada contractului, neexecutarea fiind prezumată (art. 1.481 și art. 1.548 C. civ.); și proba prejudiciului produs prin neexecutarea obligației.

3. Particularitățile condițiilor generale ale răspunderii pentru întârzierea executării obligației de plată a sumei de bani. Răspunderea debitorului pentru întârzierea executării obligației de plată a unei sume de bani este subordonată condițiilor arătate, particular acesteia fiind regimul probei prejudiciului și implicit al stabilirii daunelor-interese moratorii.

Dobânda penalizatoare este noțiune specifică răspunderii pentru prejudiciul produs prin întârzierea executării obligației de plată a sumei de bani.

În cadrul general al răspunderii debitorului pentru încălcarea obligației datorate, distingem între prejudiciul pe care acesta îl datorează cu titlul de reparație pentru întârzierea plății unei sume de bani, daune-interese moratorii, și cel produs și datorat cu titlul de daune-interese compensatorii ca urmare a neexecutării, a executării neconforme ori a întârzierii executării datoriei ce are ca obiect obligația de a da un bun în natură ori pentru neexecutarea obligației de a face sau a nu face. Diferența dintre cele două feluri de daune-interese constă în modalitatea de evaluare a prejudiciului suferit de creditor.

(i) În cazul daunelor-interese compensatorii evaluarea prejudiciului este judiciară fiind alcătuit din prejudiciul *efective* și cel al *lipsei de folosință*: *damnum emergens* și *lucrum cessans* [art. 1.531 alin. (1) C. civ.].

(ii) În cazul daunelor-interese moratorii și acestea acoperă prejudiciul efectiv și lipsa beneficiului însă legiuitorul a ales să evite aleatoriul unei practici judiciare neunitare care ar fi rezultat, prin natura evaluării acestui prejudiciu, întârzierea plății unei sume de bani.

În ambele specii de prejudicii, quantumul daunelor-interese poate fi stabilit și convențional prin clauza penală.

Pentru daunele-interese moratorii, în lipsa unei clauze penale prin care părțile au stabilit quantumul sumei datorate pentru întârzierea plății ori al convenției asupra ratei dobânzii moratorii, legea organizează un regim comun al daunelor-interese moratorii și un mod de calcul al întinderii lor, precum și unele reguli derogatorii ale regimului dobânzilor moratorii pentru întârzierea plății sumei de bani între profesioniști și între aceștia și autoritatea contractantă.

4. Dreptul comun privind stabilirea și evaluarea daunelor-interese pentru întârzierea plății sumelor de bani. În lipsa unor stipulații prin care părțile să prevadă quantumul daunelor-interese moratorii pentru întârzierea plății unei sume de bani ori a clauzei penale arătate, legea este cea care organizează regulile de stabilire a daunelor-interese moratorii [art. 1.535 alin. (1) C. civ.].

(i) În cazul în care părțile au convenit nivelul ratei dobânzii remuneratorii și dacă acest nivel este mai mare decât cel al dobânzii legale, dobânda penalizatoare se va calcula la nivelul ratei dobânzii remuneratorii, fără a fi necesar să fie dovedit existența unui prejudiciu iar debitorul nu poate să conteste existența și quantumul acestui prejudiciu [art. 1.535 alin. (1)-(2) C. civ.].

(ii) Dacă nivelul ratei dobânzii remuneratorii este mai mic decât cel legal, dobânda penalizatoare la care are dreptul creditorul este dobânda legală la care pot fi adăugate și daune-interese suplimentar care să acopere întregul prejudiciu suferit de acesta [art. 1.535 alin. (3) C. civ.].

(iii). Dacă nu există nici dobânda convențională a ratei dobânzii remuneratorii, legea fixează regulile de evaluare a quantumului daunelor-interese moratorii.

(iv). Creditorul nu este ținut să probeze existența daunelor-interese moratorii pentru întârzierea plății datoriilor bănești [art. 1.535 alin. (1) C. civ.]. Cu excepția cazului în care rata dobânzii la care se calculează quantumul prejudiciului este mai mică decât cea legală ipoteză în care poate fi dovedit și pretins un prejudiciu suplimentar care să acopere prejudiciul real [art. 1.535 alin. (3) C. civ.], creditorul nu este obligat să probeze existența prejudiciului suferit pentru întârzierea executării creanței bănești și nici debitorul nu poate pretinde că întinderea prejudiciului este mai mic decât cel calculat prin aplicarea ratei dobânzii legale.

5. Calculul dobânzii legale penalizatoare datorată de debitor în dreptul comun. Daunele moratorii datorate creditorului neprofesionist cu titlu de dobânzi penalizatoare sunt stabilite după o formulă legală de calcul a prejudiciului, alcătuită din elementele obiective variabile: suma de bani neachitată și perioada de timp a întârzierii; și un tarif fix, nivelului ratei dobânzii de referință a Băncii Naționale a României plus patru puncte procentuale [art. 3 alin. (2) din O.G. nr. 13/2011].

Rata dobânzii de referință a Băncii Naționale a României este rata dobânzii de politică monetară stabilită prin hotărâre a Consiliului de administrație al Băncii Naționale a României [art. 3 alin. (1) din O.G. nr. 13/2011].

6. Extinderea regulii de evaluare legală a prejudiciului produs prin întârzierea obligații de plată a sumei de bani la alte cazuri de angajare a răspunderii pentru întârzierea executării obligației. Această extindere este o regulă de drept comun, aplicabilă deopotrivă și profesioniștilor. Potrivit dreptului comun, *întârzierea executării altor obligații decât cele ce au ca obiect plata sumelor de bani dă dreptul la daunele-interese egale cu dobânda legală, calculată de la data la care debitorul este în întârziere asupra echivalentului în bani al obligației, cu excepția cazului în care se poate dovedi un prejudiciu mai mare cauzat de întârziere* (art. 1.536 C. civ.).

Regula este rațională căci întârzierea dă naștere unui prejudiciu care este evaluabil în bani, reprezentând contravaloare lipsei, pe perioada întârzierii executării, a valorii pe care creditorul trebuia să o primească. Dacă suma reprezentând contravaloarea arătată ar fi fost depusă la bancă ar fi obținut un beneficiu. Acesta este dauna moratoriei calculată după regulile dobânzii legale penalizatoare. În consecință, textul legal arătat a acordat creditorului posibilitatea de a solicita daunele-interese pentru întârzierea executării obligațiilor arătate, altele decât plata unei sume de bani, având avantajul că nu mai este nevoit să facă dovada întinderii prejudiciului, acesta fiind evaluat legal.

Prin această regulă legea a conferit creditorului facultatea de a utiliza regimul daunelor-interese moratorii, mult mai facil de evaluat, renunțând astfel la utilizarea regimului daunelor-interese compensatorii, mai dificil de evaluat, alegerea uneia sau alteia fiind decisă de acesta. Dacă prejudiciul este mai mare decât cel rezultat prin calculul dobânzii legale, creditorul poate solicita reparația potrivit prejudiciului real.

II. Dreptul profesioniștilor privind calculul daunelor interese-moratorii

1. Calculul dobânzii legale penalizatoare pentru întârzierea executării plății sumei de bani datorată profesioniștilor-comercianți între ei. Formula din dreptului comun al calculării întinderii (cquantumul) daunelor moratorii pentru întârzierea plății datoriei în bani se aplică și în ipoteza în care debitorul și creditorul sunt profesioniști, cu modificarea însă a nivelului punctelor adăugate ratei dobânzii de referință a BNR.

Cuantumul dobânzilor penalizatoare datorate de debitorul profesionist creditorului profesionist este stabilit prin luarea în calcul al nivelului ratei dobânzii de referință a BNR, plus opt puncte procentuale [art. 3 alin. (2¹) din O.G. nr. 13/2011 introdus prin art. 20 din Legea nr. 72/2013²].

Acest mod de calcul al dobânzii penalizatoare se aplică și în raportul dintre *profesionistul-comerciant și autoritatea contractuală* [art. 3 alin. (2¹) din O.G. nr. 13/2011].

2. Calculul dobânzii legale penalizatoare pentru întârzierea executării plății sumei de bani datorată întreprinderilor fără scop lucrativ³. Cuantumul dobânzii legale penalizatoare pentru neexecutarea obligației de plată a sumei de bani datorată unei întreprinderi fără scop lucrativ se calculează după formula dreptului comun al dobânzii legale penalizatoare prevăzută pentru întârzierea executării creanței bănești, suma rezultată fiind diminuată cu 20% [art. 3 alin. (4) coroborat cu art. 3 alin. (2) din O.G. nr. 13/2011].

3. Condițiile aplicării regimului dobânzii penalizatoare între profesioniști ori dintre aceștia și autoritatea contractantă.

a. Datoria să fie izvorâtă din exercițiul activității unei întreprinderi și să fie izvorâtă din raportul între profesioniști. Dacă profesionistul este o întreprindere non profit se aplică modul de calcul prevăzut pentru neprofesioniști, suma rezultată fiind redusă cu 20%.

b. Datoria trebuie să fie lichidă. Datoria trebuie să existe, adică să nu fie o simplă eventualitate, să fie determinată ca întindere (lichidă).

Instanța este competentă să decidă asupra existenței și întinderii daunelor-interese moratorii.

² Legea nr. 72/2013 privind măsurile pentru combaterea întârzierii în executarea obligațiilor de plată a unor sume de bani rezultând din contracte încheiate între profesioniști și între aceștia și autoritățile contractante, publicată în M. Of. nr. 182 din 02.04.2013.

³ În doctrină întreprinderile fără scop lucrativ sunt numite profesioniștii-necomercianți, în opoziție cu întreprinderile ce au scop lucrativ, denumiți profesioniști-comercianți.

c. Datoria trebuie să fie exigibilă. Particularitățile regimului exigibilității datorii bănești datorate profesionistului. Derogatoriu de la dreptul comun al răspunderii contractuale, în cazul în care obligația debitorului are ca obiect plata unei sume de bani, creditorul nu este ținut să efectueze operațiunea de punere în întârziere a debitorului, datoria fiind exigibilă de la momentul la care aceasta este scadentă [art. 1.523 alin. (2) lit. d) C. civ.]. În consecință, daunele interese moratorii curg de la data la care obligația este exigibilă, iar debitorul nu beneficiază de termenul de executare (de grație) care trebuie să fie inclus în notificarea pentru punerea în întârziere [art. 1.522 alin. (3) C. civ.].

d. Proba convenției privind dobânda remuneratorie. Când părțile au convenit o dobândă remuneratorie ori au stabilit o rată a dobânzii aplicabilă în cazul daunelor interese moratorii pentru întârzierea plății datoriei, dovada acestor convenții se face prin act scris. În lipsa preconstituirii de probe, cel puțin în forma înscrisului sub semnătură privată, se aplică regimul dobânzii legale (art. 6 din O.G. nr. 13/2011).

4. Excepții de la regimul calculării prejudiciului prin aplicarea regimului dobânzilor moratorii. Legea prevede expres câteva cazuri în care creditorul poate pretinde un prejudiciu mai mare decât cel care ar rezulta din aplicarea regimului calculului dobânzii legale, ori condiții particulare de calcul al prejudiciului:

- asociatul datorează dobânzi și alte prejudicii dacă nu a depus aportul în numerar în ziua în care trebuia să verse suma datorată;
- asociatul care a depus ca aport o creanță iar societatea nu a putut să o realizeze, datorează dobânzi și alte prejudicii;
- mandatarul care a întrebuințat în interes propriu sumele primite în contul mandatului datorează dobânzi începând din ziua întrebuințării, iar pentru cele cu care a rămas, din ziua în care a fost pus în întârziere (art. 2.020 C. civ.).

Concluzii

Încă din dreptul roman și până astăzi, pe considerente diferite, a fost restricționat regimul dobânzii fie prin a interzice practicarea acesteia, în special în dreptul evului mediu, sub presiunea bisericii, fie prin plafonarea nivelului acesteia.

Atunci când practicarea dobânzii a fost permisă, nivelul acesteia a fost constant restricționat prin fixarea unui nivel al acesteia. Nivelul tarifului dobânzii a fost, în principiu, același atât pentru dobânda remuneratorie cât și pentru cea usuară, căci rațiunea acestor două tipuri de dobânzi este în fond aceeași: folosirea de debitor a capitalului creditorului, fie voluntar, în temeiul contractului, fie involuntar, prin comportamentul culpabil al debitorului de a întârzia restituirea sau plata unei creanțe bănești, folosindu-se astfel de suma respectivă de bani. Aceasta este rațiunea pentru care, încă din dreptul roman și până astăzi, dobânda moratorie, reprezentând dezdăunarea pentru prejudiciul suferit de creditor prin întârzierea plății sumei de bani de debitor nu trebuia să fie dovedită.

Remarcăm că dintotdeauna a fost admis că dobânda poate avea și alt obiect decât o sumă de bani, de exemplu, în perioada evului mediu, fiind interzisă dobânda, aceasta era percepută sub forma exploatarei de creditor a unui bun al debitorului în schimbul împrumutului unei sume de bani. Astăzi legea specială prevede că dobânda poate avea și alt obiect decât o sumă de bani, sub condiția ca prestația să fie convenită ca echivalent al folosinței unui capital [art. 1 alin. (5) din O.G. nr. 13/2011].

Se observă cu ușurință că de-a lungul istoriei tehnica juridică de organizare a dobânzii a fost mereu aceeași: prin norma civilă de drept comun este reglementat regimul general al dobânzii remuneratorii și a celei moratorii iar prin legea specială este fixat nivelul cuantumului acesteia.

În fine, tot istoria demonstrează că dobânda a avut un regim comun în dreptul civil și în cel comercial însă nivelul cuantumului acesteia a fost mai mare în raporturile comerciale. Rațiunea acestei distincții este diferită în cazul dobânzii remuneratorii față de cea moratorie în raporturile comerciale pe care nu o regăsim în cele necomerciale. În cazul dobânzii remuneratorii comerciale creditorul comerciant, de regulă bancher, este legitimat să pretindă un procent mai mare de dobândă pentru că debitorul comerciant obține un beneficiu important din exploatarea capitalului împrumutat. În cazul dobânzii moratorii comerciale, pe lângă rațiunea beneficiului de care se bucură debitorul prin utilizarea culpabilă a capitalului creditorului, căci întârzierea restituirii împrumutului ori a plății sumei de bani a permis acestuia să exploateze acest capital și să obțină beneficiu, se adaugă ideea de protecție a creanței și de garantare a executării acesteia. Știind că sancțiunea întârzierii executării creanței bănești este costisitoare, debitorul se va grăbi să plătească datoria la scadență. În plus, pe aceeași rațiune de protejare și de garantare a executării creanței creditorului comerciant, condițiile angajării răspunderii în daune-interese moratorii sunt mai facile pentru acesta.

Societatea comercială în lumina noilor modificări ale reglementărilor societare

*[The Commercial Company in The Light of the New Changes in The Company
Regulations]*

Lect. univ. dr. Dragoș DAGHIE*

Abstract: Starting from year 2011 and until now, the companies regarding the commercial activity, the main actors of the trade, have undergone numerous transformations from a legislative point of view, changes that occurred as a result of the need to refresh the private regulations but also of the current desires of the society. Thus, starting with the New Civil Code, the New Code of Civil Procedure and ending with Law no. 265/2022 regarding the trade register and for the modification and completion of other normative acts affecting the registration in the trade register, Companies Law no. 31/1990 received no less than thirteen changes to its structure, its architecture being substantially modified in some places and the philosophy that was in mind at the time of its adoption being totally changed.

Keywords: Commercial Company; Changes; Legislation

1. Considerații introductive

Începând cu anul 2011 și până în prezent societățile privind activitatea comercială, actorii principali ai comerțului, au suferit numeroase transformări din punct de vedere legislativ, schimbări ce au survenit ca urmare a necesității de împrăștiere a reglementărilor private dar și a dezideratelor actuale ale societății. Astfel, începând cu Noul Cod civil, Noul Cod de procedură civilă și culminând cu Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului, Legea societăților nr. 31/1990 a primit nu mai puțin de treisprezece modificări ale structurii sale, fiind modificată, pe alocuri, în mod substanțial arhitectura sa și schimbându-i-se total filosofia ce a fost avută în vedere la momentul adoptării sale.

Cele mai multe modificări s-au datorat și reglementărilor europene ce au fost implementate în legislația națională ca urmare a procesului de aderare a României la Uniunea Europeană și, ulterior prin obligativitatea transpunerii în dreptul românesc a hotărârilor Uniunii¹.

Pentru a se realiza aceste deziderate, s-a urmărit transpunerea mai multor Directive: – Directiva Consiliului nr. 68/151/EEC² din data de 9 martie 1968 de coordonare, în vederea

* Universitatea „Dunărea de Jos” Galați, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Departamentul de Științe Juridice; dragos.daghie@ugal.ro.

¹ D. Daghie, *Considerații cu privire la înființarea societății reglementată de Legea nr. 31/1990*, articol prezentat la Conferința internațională SOCIETATEA ÎNTEMEIATĂ PE CUNOAȘTERE. Norme, valori și repere contemporane organizată de către Facultatea de Drept și Științe Social-Politice Universitatea Valahia din Târgoviște, publicat în volumul conferinței la Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2017, p. 106 și urm. ISSN 2247-9937 ISSN-L 2247-9937.

² Publicată în JO L 65, 14 martie 1968, p. 8. Textul acesteia a fost modificat succesiv prin: Directiva 2003/58/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 iulie 2003, JO L 221 13, 4 septembrie 2003; Directiva 2006/99/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Danemarcei, a Irlandei și a Regatului Unit al Marii Britanii și Irlandei de Nord, JO L 73 14, 27 martie 1972; Actul de aderare a Greciei, JO L 291 17, 19 noiembrie 1979; Actul de aderare a Spaniei și a Portugaliei, JO L 302 23, 15 noiembrie 1985; Actul de

echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, abrogată prin Directiva 2009/101/CE din 16 septembrie 2009³;

-Directiva Consiliului nr. 77/91/EEC⁴ din data de 13 decembrie 1976 de coordonare, în vederea echivalării, a garanțiilor impuse societăților în statele membre, abrogată prin Directiva 2012/30/UE din 25 octombrie 2012⁵;

-Directiva Consiliului nr. 78/855/EEC⁶ din data de 9 octombrie 1978 privind fuziunile societăților pe acțiuni, abrogată prin Directiva 2011/35/UE din 5 aprilie 2011⁷;

-Directiva Consiliului nr. 82/891/EEC⁸ din data de 17 decembrie 1982 privind divizarea societăților pe acțiuni;

-Directiva Consiliului nr. 89/666/EEC⁹ din data de 21 decembrie 1989 privind publicitatea sucursalelor înființate într-un stat membru de anumite tipuri de societăți care intră sub incidența dreptului unui alt stat;

aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei, JO L 241 21, 29 august 1994; Actul privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003. Această directivă mai poartă denumirea și de directivă privind publicitatea și transparența – a se vedea și D. Șandru, *Societățile comerciale în Uniunea Europeană*, Ed. Universitară, București, 2006, pp. 36 și urm.

³ Publicată în JO L 258, 1 octombrie 2009, p. 11. Textul acesteia a fost modificat succesiv prin: Directiva 2012/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iunie 2012 și Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013.

⁴ Publicată în JO L 26, 31 ianuarie 1977, p. 1. Textul Directivei a fost modificat prin: Directiva 92/101/CEE a Consiliului din 23 noiembrie 1992, JO L 347 64, 28 noiembrie 1992 (n.n. – în prezent abrogată); Directiva 2006/68/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 6 septembrie 2006, JO L 264 32, 25 septembrie 2006 (n.n. – în prezent abrogată); Directiva 2006/99/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Greciei, JO L 291 17, 19 noiembrie 1979; Actul de aderare a Spaniei și a Portugaliei, JO L 302 23, 15 noiembrie 1985; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei, JO C 241 21, 29 august 1994; Actul privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

⁵ Publicată în JO L 315, 14 noiembrie 2012. Textul Directivei a fost modificat prin: Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013 și Directiva 2014/59/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014.

⁶ Publicată în JO L 295, 20 octombrie 1978 (n.n. – în prezent abrogată), p. 36 și modificată prin: Directiva 2006/99/CE a Consiliului din 20 noiembrie 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Directiva 2007/63/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 noiembrie 2007; JO L 300 47, 7 noiembrie 2007; Actul de aderare a Greciei, JO L 291 17, 19 noiembrie 1979; Actul de aderare a Spaniei și a Portugaliei, JO L 302 23, 15 noiembrie 1985; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei, JO C 241 21, 29 august 1994; Actul privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

⁷ Publicată în JO L 110, 29 aprilie 2011. Textul acesteia a fost modificat succesiv prin: Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013 și Directiva 2014/59/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014.

⁸ Publicată în JO L 378, 31 decembrie 1982, p. 47 și modificată prin: Directiva 2007/63/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 noiembrie 2007, JO L 300 47, 17 noiembrie 2007; Directiva 2009/109/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009; Directiva 2014/59/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 mai 2014.

⁹ Publicată în JO L 395/36, 30 decembrie 1989, p. 100 și modificată prin Directiva 2012/17/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 13 iunie 2012.

- Directiva Consiliului nr. 89/667/EEC¹⁰ din data de 21 decembrie 1989 în materia societăților cu asociat unic abrogată de Directiva 2009/102/CE din 16 septembrie 2009¹¹ privind societățile cu răspundere limitată cu asociat unic.

Pe de altă parte, concomitent cu aderarea României la Uniunea Europeană, s-a impus și adaptarea legislației naționale la standardele O.E.C.D.¹² cu privire la principiile guvernării corporative, adaptare ce s-a realizat tot prin Legea nr. 441/2006¹³.

Putem astfel afirma că forma actuală a reglementării cadru în materie de societăți reprezintă rezultatul reformei ce s-a realizat în anul 2006 cu ocazia aderării la U.E., cadru legal care a suferit puține modificări, acestea fiind determinate, în majoritate tot de norme europene ce a impus corelarea legislației noastre.

Astfel, Legea societăților nr. 31/1990 a mai fost modificată și prin Legea nr. 152 din 18 iunie 2015 pentru modificarea și completarea unor acte normative în domeniul înregistrării în registrul comerțului, Legea nr. 163 din 10 iulie 2018 pentru modificarea și completarea Legii contabilității nr. 82/1991, modificarea și completarea Legii societăților nr. 31/1990, precum și modificarea Legii nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației, Legea nr. 129 din 11 iulie 2019 pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative, Legea nr. 162 din 1 august 2019 pentru modificarea alin. (2) al art. 6 din Legea societăților nr. 31/1990, O.U.G. nr. 62 din 7 mai 2020 pentru adoptarea unor măsuri în domeniul societăților, în vederea desfășurării reuniunilor organelor statutare, Legea nr. 102 din 2 iulie 2020 pentru modificarea și completarea Legii societăților nr. 31/1990, Legea nr. 223 din 30 octombrie 2020 pentru simplificarea și debirocratizarea transferului de părți sociale și a vârsării capitalului social prin modificarea Legii societăților nr. 31/1990, Legea nr. 206 din 19 iulie 2021 pentru aprobarea O.U.G. nr. 195/2020 privind măsuri în domeniul registrului comerțului, Legea nr. 216 din 14 iulie 2022 pentru modificarea și completarea Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență și a altor acte normative și Legea nr. 265 din 22 iulie 2022 privind registrul comerțului și pentru modificarea și completarea altor acte normative cu incidență asupra înregistrării în registrul comerțului.

¹⁰ Publicată în JO L 395, 30 decembrie 1989, p. 40, (n.n. – în prezent abrogată) modificată prin: Council Regulation (EC) No 941/2006 of 1 June 2006, JO L 363 137, 20 decembrie 2006; Actul de aderare a Austriei, a Suediei și a Finlandei; JO C 241 21, 29 august 1994; Actul Privind condițiile de aderare la Uniunea Europeană a Republicii Cehe, a Republicii Estonia, a Republicii Cipru, a Republicii Letonia, a Republicii Lituania, a Republicii Ungare, a Republicii Malta, a Republicii Polone, a Republicii Slovenia și a Republicii Slovace și adaptările tratatelor pe care se întemeiază Uniunea Europeană, JO L 236 33, 23 septembrie 2003.

¹¹ Publicată în JO L 258, 1 octombrie 2009, p. 20, modificată prin Directiva 2013/24/UE a Consiliului din 13 mai 2013.

¹² Organization for Economic Co-operation and Development – Organizația pentru Cooperare Economică și Dezvoltare. O.E.C.D. a preluat prerogativele sale de la O.E.E.C. (Organisation for European Economic Co-operation), aceasta din urmă fiind înființată în anul 1947 pentru administrarea America și Canada sub planul Marshall pentru reconstrucția Europei după cel de-Al Doilea Război Mondial. Transferul de responsabilitate dintre O.E.C.D. și O.E.E.C. s-a realizat în anul 1961 cu scopul de a ajuta țările membre să dezvolte o creștere economică și a forței de muncă în mod constant și să crească nivelul de viață bazată pe o siguranță financiară, totul pentru a contribui la dezvoltarea economiei mondiale.

¹³ D. Daghie, Câteva considerații cu privire la impactul aderării României la Uniunea Europeană asupra societății (comerciale) reglementată de Legea nr. 31/1990, articol prezentat la Conferința națională 10 ani de la aderarea României la Uniunea Europeană. Impactul asupra evoluției dreptului românesc, organizată de către ACADEMIA ROMÂNĂ – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, publicat în volumul conferinței p. 172 și urm. ISBN: 978-606-39-0043-3.

Se poate observa că într-o perioadă relativ scurtă, de aproximativ 8 ani, legislația comercială a suferit un număr de 12-13 modificări, dacă nu ar fi să avem în vedere și reformele produse de Codul civil și Codul de procedură civilă și legile de punere în aplicare a acestor acte normative.

2. Intervenția Codului civil și a Codului de procedură civilă

Pe lângă intervenția brutală asupra ramurii de Drept comercial realizată de Codul civil, Codul de procedură civilă (mai ales de legea de punere în aplicare a Codului de procedură civilă) care prin deviza de unificare a dreptului privat, de adoptare a teoriei moniste a dreptului privat, a urmărit, în mod barbar și fundamental greșit, eliminarea Dreptului comercial din sfera ramurilor dreptului privat, reglementările în materie comercială au suportat nenumărate intervenții, fie legislative fie ca urmare a unor decizii ale Înaltei Curți de Casație și Justiție sau ale Curții Constituționale, prin care s-au schimbat în mod esențial anumite instituții sau raporturi de drept comercial.

Astfel, astfel cum am mai arătat¹⁴, au existat puncte de vedere, cu care, în mod evident, nu putem fi de acord, în sensul în care ar dispărea, odată cu apariția noului Cod civil, Dreptul comercial, axiomă ce nu poate fi susținută prin argumente, deoarece câtă vreme relațiile sociale care determină și explică această ramură a dreptului tind să existe, Dreptul comercial va subzista în egală măsură. Toate aceste curente de opinie sunt nefondate, bazate pe o analiză superficială a sistemului ramurilor dreptului privat coroborat cu o ignorare a realităților și specificității unora dintre ramurile dreptului¹⁵.

Referitor la materia societăților, până la intrarea în vigoare a Codului civil, reglementarea anterioară anului 2011 a cunoscut societăți comerciale cu personalitate juridică și societăți civile, reglementate de Codul civil 1864, fără personalitate juridică.

Am arătat și cu altă ocazie¹⁶ faptul că ulterior intrării în vigoare a Codului civil, s-a putut observa o ușoară lipsă de corelare a acestuia cu normele deja existente în activitate.

Așadar, dacă am fi interpretat foarte rigid textele noului Cod civil comparativ cu prevederile Legii nr. 31/1990 privind societățile comerciale¹⁷, am fi putut trage concluzia că există două categorii de societăți cu personalitate juridică: o categorie reglementată de noul Cod civil și altă categorie reglementată de Legea nr. 31/1990.

Această concluzie, potrivit acestei interpretări, se putea desprinde din analizarea art. 1888 C. civ. și art. 2 din Legea nr. 31/1990. Potrivit acestor dispoziții, Codul civil, la formele societare vorbea despre societăți în nume colectiv, în comandită simplă, cu răspundere limitată, pe acțiuni

¹⁴ D. Daghie, *Contractul de mandat în noul Cod civil*, articol prezentat la Conferința internațională HISTORY, CULTURE, CITIZENSHIP IN THE EUROPEAN UNION organizată de Universitatea din Pitești 2015, publicat în volumul conferinței la Ed. C.H. Beck, ISSN-L 2360 – 1841, Online – ISSN 2360- 395X, CD-ROM – ISSN 2360 – 1841, p. 334 și urm.

¹⁵ A se vedea și St.D. Cărpenaru, *Dreptul comercial în condițiile Noului Cod civil*, Curierul Judiciar, nr. 10/2010, p. 543-546: „În opinia noastră, dreptul comercial continuă să existe; dispariția sa este de neacceptat, atât juridic, cât și practic. Sub aspect juridic, nu se poate ignora specificul actelor juridice săvârșite cu caracter profesional. Sub aspect practic, dreptul comercial nu se reduce la reglementarea raporturilor juridice obligatoriale, ci cuprinde și normele care reglementează societățile comerciale, titlurile de credit, procedura insolvenței etc., care nu fac obiectul Noului Cod civil”; St.D. Cărpenaru, *Tratat de drept comercial român*, ed. a VI-a, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 118 (citată în continuare *Tratat* 2019).

¹⁶ D. Daghie, *Considerații cu privire la administrarea societății simple, potrivit Noului Cod civil*, articol prezentat la Conferința internațională HISTORY, CULTURE, CITIZENSHIP IN THE EUROPEAN UNION organizată de Universitatea din Pitești 2014, publicat în volumul conferinței la Ed. C.H. Beck, ISSN-L 2360 – 1841, Online – ISSN 2360- 395X, CD-ROM – ISSN 2360 – 1841 p. 296 și urm.

¹⁷ Denumirea legii este ce de dinainte de intrarea în vigoare a noului Cod de procedură civilă și a legii de punere în aplicare, prin aceasta din urmă fiind suprimat cuvântul „comerciale”.

și în comandită pe acțiuni, pe când Legea societăților comerciale cuprindea ca forme societare societatea comercială în nume colectiv, în comandită simplă, cu răspundere limitată, pe acțiuni și în comandită pe acțiuni.

Bineînțeles că această stângăcie a reglementării nu putea fi interpretată în sensul în care efectele aplicării normei să fi fost deturnate de la intenția legiuitorului, cu toate că ar fi existat posibilitatea unei corelări mai bune a noii reglementări cu cele deja existente. Această corectură s-a realizat, deși târziu și anormal din punct de vedere al tehnicii legislative, prin art. 77 din Legea nr. 76/2012 pentru punerea în aplicare a Codului de procedură civilă, înlocuindu-se din cuprinsul tuturor actelor normative sintagma „societate/societăți comercială/comerciale” cu „societate/societăți reglementată/reglementate de Legea nr. 31/1990”.

3. Influențe ale altor reglementări

Precum am enumerat în preambul, legislația cadru a societăților comerciale, Legea nr. 31/1990, a beneficiat de mai multe actualizări, în funcție de necesitățile sociale.

- Prin Legea nr. 152/2015 a fost modificat art. 66 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 prin aceea că s-a acordat posibilitatea creditorilor societății să poată sechestra și vinde și părțile sociale, în ceea ce privea pe asociații societăților cu răspundere limitată, posibilitate ce anterior se limita doar la acțiuni. Soluția legislativă înainte de modificarea adusă de Legea nr. 152/2015 avea în vedere caracterul societății cu răspundere limitată ce se situa la granița dintre societățile de capitaluri și cele de persoane, împrumutând caracteristici de la ambele. A apreciat legiuitorul că părțile sociale nu pot fi înstrăinate prin executare silită deoarece aceasta ar contraveni trăsăturilor societății cu răspundere limitată, de altfel menționându-se în art. 202 din Legea nr. 31/1990 faptul că transmiterea către persoane din afara societății era permisă numai dacă fusese aprobată de asociații reprezentând cel puțin trei părți din capitalul social. În forma actuală a Legii societăților, legiuitorul și-a reconsiderat poziția, determinat și de faptul că se putea aprecia că asociații societăților cu răspundere limitată s-ar putea sustrage de la onorarea obligațiilor societare, fiind imposibilă executare silită a părților sociale și implicit constrângerea lor, creditorii fiind astfel prejudiciați și discriminați față de creditorii unor societăți pe acțiuni și în comandită pe acțiuni. Se păstrează totuși interdicția de a înstrăina prin executare silită părțile de interes în cazul societăților de persoane – societățile în comandită simplă și în nume colectiv, întrucât asociații acestora răspund în solidar pentru obligațiile societare, fiind nejustificată o urmărire a acestor diviziuni ale capitalului social.

- Legea nr. 163/2018 adus modificări din punct de vedere financiar contabil, acordând posibilitatea societăților să distribuie dividende și în cursul anului fiscal, parțial, semestrial sau trimestrial. Astfel, se pot distribui dividende asociaților proporțional cu cota de participare la capitalul social vărsat, opțional trimestrial pe baza situațiilor financiare interimare și anual, după regularizarea efectuată prin situațiile financiare anuale, dacă prin actul constitutiv nu se prevede altfel. De asemenea, dividendele se pot plăti în mod opțional trimestrial în termenul stabilit de adunarea generală a asociaților sau, după caz, prin legile speciale, regularizarea diferențelor rezultate din distribuirea dividendelor în timpul anului urmând să se facă prin situațiile financiare anuale. Anterior modificării art. 67 din Legea nr. 31/1990, se permitea distribuirea de dividende în termenul stabilit de adunarea generală a asociaților sau, după caz, stabilit prin legile speciale, dar nu mai târziu de 6 luni de la data aprobării situației financiare anuale aferente exercițiului financiar încheiat, deci numai după încheierea anului fiscal.

- Legea nr. 129/2019 modifică reglementările aplicabile societăților pe acțiuni și în comandită pe acțiuni prin aceea că elimină posibilitatea emiterii de acțiuni la purtător, singura posibilitate fiind aceea ce a emite acțiuni nominative – în societatea pe acțiuni, capitalul social este reprezentat

prin acțiuni nominative emise de societate. Forma anterioară a art. 91 din Legea nr. 31/1990 prevedea faptul că în societatea pe acțiuni, capitalul social este reprezentat prin acțiuni emise de societate, care, după modul de transmitere, pot fi nominative sau la purtător, felul acestora fiind determinat prin actul constitutiv. Soluția actuală pe care a ales legiuitorul să o implementeze în materia societăților pe acțiuni are drept consecință lupta la nivel mondial pentru prevenirea și combaterea spălării banilor și finanțării terorismului, acțiunile la purtător putând circula foarte ușor, fără control și acestea putând reprezenta un paravan pentru astfel de situații de finanțări ilegale ale unor activități de terorism sau de altă natură infracțională.

• În contextul declarării de către Organizația Mondială a Sănătății a pandemiei cauzate de răspândirea noului tip de coronavirus SARS-CoV-2 și a afecțiunii cauzate de acesta, COVID-19, având în vedere dispozițiile Decretului nr. 195/2020 privind instituirea stării de urgență pe teritoriul României, precum și ale Decretului nr. 240/2020 privind prelungirea stării de urgență pe teritoriul României, prin O.U.G. nr. 62/2020 au fost aduse modificări provizorii referitoare la adunările generale ale acționarilor/asociațiilor societăților reglementate de Legea societăților nr. 31/1990. Astfel, se arată în conținutul actului normativ că pe durata stării de urgență acționarilor/asociațiilor societăților puteau fi convocate fie prin modalitățile prevăzute la art. 117 alin. (3) din Legea societăților, fie prin orice mijloace de comunicare la distanță, care asigură transmiterea textului, cu condiția ca fiecare acționar/asociat să comunice/să fi comunicat în scris administratorilor/consiliului de administrație/directoratului adresa poștală sau, după caz, cea de poștă electronică, numărul de telefax ori alte coordonate la care poate primi corespondența cu societatea. Pot fi folosite în acest scop și adresele acționarilor/asociațiilor înscrise în registrul acționarilor/asociațiilor. De asemenea, pe durata stării de urgență, adunările generale ale acționarilor/asociațiilor puteau avea loc, chiar dacă actul constitutiv nu prevedea sau interzicea, și prin corespondență sau prin mijloace electronice de comunicare directă la distanță. Bineînțeles că pe această perioadă a pandemiei soluția legislativă era justificată de încercarea limitării răspândirii virusului, evitarea aglomerărilor fiind una dintre modalitățile prin care s-a încercat evitarea îmbolnăvirilor pe acea perioadă. Măsurile au fost apoi prelungite succesiv și adăugate alte posibilități prin O.U.G. nr. 195/2020 aprobată de Legea nr. 206/2021 care a dispus și abrogarea art. 17 alin. (3) și (5) din Legea nr. 31/1990. Potrivit acestora, la înmatricularea societății și la schimbarea sediului social era obligatorie prezentarea la sediul oficiului registrului comerțului a documentului care atesta dreptul de folosință asupra spațiului cu destinație de sediu social. După înregistrarea în registrul comerțului, oficiul registrului comerțului transmitea documentul care atesta dreptul de folosință asupra spațiului cu destinație de sediu social la organul fiscal din cadrul Agenției Naționale de Administrare Fiscală în a cărei circumscripție se situa imobilul cu destinație de sediu social¹⁸ – alin. (3) al art. 17 din Legea nr. 31/1990 abia fusese modificat de Legea nr.

¹⁸ Art. 17 din Legea nr. 31/1990 a fost modificat de pct. 1 al art. XIII din O.U.G. nr. 54 din 23 iunie 2010 – publicată în M. Of. nr. 421 din 23 iunie 2010, conținutul acestuia era următorul: „(1) La autentificarea actului constitutiv în cazurile prevăzute la art. 5 sau, după caz, la darea de dată certă a acestuia se va prezenta dovada eliberată de oficiul registrului comerțului privind disponibilitatea și rezervarea firmei și declarația pe propria răspundere privind deținerea calității de asociat unic într-o singură societate cu răspundere limitată. (2) Notarul public va refuza autentificarea actului constitutiv sau, după caz, persoana care dă dată certă va refuza operațiunile solicitate, dacă din documentația prezentată rezultă că nu sunt îndeplinite condițiile prevăzute la alin. (1). (3) La înmatricularea societății comerciale și la schimbarea sediului social se va prezenta la sediul oficiului registrului comerțului: a) documentul care atestă dreptul de folosință asupra spațiului cu destinație de sediu social înregistrat la organul fiscal din cadrul Agenției Naționale de Administrare Fiscală în a cărei circumscripție se situează imobilul cu destinație de sediu social; b) un certificat emis de organul fiscal prevăzut la lit. a), care certifică faptul că pentru imobilul cu destinație de sediu social nu a fost înregistrat un alt document ce atestă cedarea dreptului de folosință asupra aceluiași imobil, cu titlu oneros sau gratuit, ori existența altor contracte prin care s-a cedat dreptul de

102/2020 intrată în vigoare la data de 05.07.2020 și de Legea nr. 223/2020 intrată în vigoare la data de 05.11.2020 (un an mai târziu, la data de 20.07.2021, Legea nr. 206/2021 abrogă aceste dispoziții). De fapt prin Legea nr. 102/2020 au fost aduse mai multe modificări printre care se numără și eliminarea declarației pe proprie răspundere privind deținerea calității de asociat unic într-o singură societate cu răspundere limitată [modificarea art. 17 alin. (1) din Legea nr. 31/1990]; s-a acordat posibilitatea, interzisă anterior, ca la aceeași locație să funcționeze mai multe societăți chiar dacă imobilul, prin structura lui și suprafața sa utilă, nu permite funcționarea mai multor societăți în încăperi diferite sau în spații distinct partajate – era interzisă funcționarea unui număr de societăți într-un imobil ce ar fi depășit numărul spațiilor sau încăperilor disponibile [abrogarea art. 17 alin. (4) din Legea nr. 31/1990]; se elimină obligația obținerii acordului vecinilor imobilului în măsura în care administratorul declară pe propria răspundere faptul că la sediul social nu se desfășoară activitate [introducerea art. 17 alin. (6) în Legea nr. 31/1990]. În ceea ce privește posibilitatea ca o persoană să poată fi asociat unic la mai multe societăți cu răspundere limitată observăm o schimbare de optică a legiuitorului care anterior Legii nr. 102/2020 interzicea această posibilitate. Modificarea a fost posibilă deoarece Directiva 2009/102/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 16 septembrie 2009 în materie de drept al societăților comerciale

folosință asupra aceluiași imobil, după caz; c) în cazul în care din certificatul emis potrivit lit. b) rezultă că sunt deja înregistrate la organul fiscal alte documente care atestă cedarea dreptului de folosință asupra aceluiași imobil cu destinație de sediu social, o declarație pe propria răspundere în formă autentică privind respectarea condițiilor referitoare la sediul social, prevăzute la alin. (4). (4) La același sediu vor putea funcționa mai multe societăți numai dacă imobilul, prin structura lui și suprafața sa utilă, permite funcționarea mai multor societăți în încăperi diferite sau în spații distinct partajate. Numărul societăților comerciale ce funcționează într-un imobil nu poate depăși numărul de încăperi sau spații distincte obținute prin partajare. (5) Informațiile privind calitatea de asociat unic și îndeplinirea condițiilor privind sediul social se înregistrează în registrul comerțului pe cheltuiala solicitantului”. După cum se poate observa, se instituia o procedură prealabilă înmatriculării societății prin obligativitatea prezentării la momentul înmatriculării societății a documentului care atesta dreptul de folosință asupra spațiului cu destinație de sediu social înregistrat la organul fiscal din cadrul Agenției Naționale de Administrare Fiscală în a cărui circumscripție se situa imobilul cu destinație de sediu social, dar și a unui certificat emis de organul fiscal prevăzut la lit. a) a alin. (3) al art. 17 din Legea nr. 31/1990, care certifica faptul că pentru imobilul cu destinație de sediu social nu a fost înregistrat un alt document ce atesta cedarea dreptului de folosință asupra aceluiași imobil, cu titlu oneros sau gratuit, ori existența altor contracte prin care s-a cedat dreptul de folosință asupra aceluiași imobil, după caz. De altfel, aceasta era o altă modalitate prin care Ministerul Finanțelor viza reducerea evaziunii fiscale prin împiedicarea constituirii unor societăți care nu au ca scop desfășurarea comerțului, ci obținerea de sume de bani prin neplata taxelor și impozitelor. De altfel, din expunerea de motive a O.U.G. nr. 54/2010 rezulta în mod clar această strategie a statului: „Având în vedere necesitatea combaterii în regim de maximă urgență a fraudei fiscale în domeniul TVA pentru livrările de: cereale, plante tehnice, legume, fructe, carne, zahăr, făină, pâine și produse de panificație, având în vedere necesitatea stabilirii unor standarde minime comune pentru înregistrarea și scoaterea din evidență a persoanelor impozabile care efectuează operațiuni de comerț intracomunitar, în special achiziții intracomunitare de bunuri, în vederea diminuării evaziunii fiscale în domeniul TVA, pentru asigurarea unei mai bune monitorizări a operatorilor economici care desfășoară operațiuni cu produse accizabile, respectiv produse energetice, alcool și băuturi alcoolice și tutun prelucrat, în vederea accelerării încasării accizelor la bugetul de stat și a diminuării evaziunii fiscale în domeniu, în scopul întăririi supravegherii și controlului vamal al activității de introducere și comercializare a mărfurilor în regim duty-free, pentru instituirea unor pârghii care să conducă la creșterea gradului de colectare a veniturilor bugetare, în considerarea faptului că aceste elemente vizează interesul general public și constituie situații extraordinare, a căror reglementare nu poate fi amânată”. În vederea aplicării acestor prevederi Ministerul Finanțelor Publice prin Agenția Națională de Administrare Fiscală a emis Ordinul nr. 2112 privind aprobarea Procedurii de solicitare și eliberare a certificatului pentru spațiul cu destinație de sediu social și de înregistrare a documentului care atestă dreptul de folosință asupra spațiului cu destinația de sediu social, precum și pentru aprobarea modelului și conținutului unor formulare din data de 30 iunie 2010, ordin ce a fost abrogat de Ordinul nr. 492/C din 10 februarie 2012 emis de Ministerul Justiției și Ordinul 205 din 24 februarie 2012 emis de A.N.A.F. pentru aprobarea Procedurii de solicitare și emitere, în format electronic, a adeverinței privind înregistrarea documentului care atestă dreptul de folosință asupra spațiului cu destinație de sediu social și a certificatului pentru spațiul cu destinație de sediu social.

privind societățile comerciale cu răspundere limitată cu asociat unic prevede la art. 2 facultatea statelor privind introducerea unor sancțiuni sau limitări pentru asociatul unic din societăților cu răspundere limitată și nu obligativitatea limitării acestor situații. Cu toate acestea, apreciez că nu se justifică existența unei astfel de societăți cu asociat unic și în temeiul art. 7 din Directivă care arată, tot ca o posibilitate și nu ca obligație, că *„un stat membru poate să nu permită constituirea de societăți cu asociat unic dacă legislația sa prevede că un întreprinzător particular poate constitui o întreprindere a cărei răspundere este limitată la un patrimoniu destinat unei activități determinate, cu condiția să se prevadă pentru astfel de întreprinderi garanții echivalente cu cele impuse de prezenta directivă și de alte dispoziții comunitare aplicabile societăților menționate la art. 1”*¹⁹.

- Modificări ale Legii societăților au fost realizate și prin Legea nr. 216/2022 care viza în principal modificarea și completarea Legii nr. 85/2014 privind procedurile de prevenire a insolvenței și de insolvență dar și a altor acte normative. Prin urmare, a fost adăugat alin. (1¹) la art. 73 prin care erau adăugate obligații administratorilor în cazul în care întreprinderea cădea în dificultate, aceștia fiind obligați să aibă în vedere interesele creditorilor, ale deținătorilor de titluri de participație și ale altor părți interesate (fără a fi specificate în vreun fel care ar fi acestea, sau să fie enumerate exemplificativ), să ia măsuri rezonabile și adecvate pentru evitarea insolvenței și pentru reducerea la minimum a pierderilor suferite de creditori, de angajați, de deținătorii de titluri de participație și de alte părți interesate și să evite adoptarea, cu intenție sau din gravă neglijență, a unei conduite care amenință viabilitatea întreprinderii. Se observă trasarea administratorilor unor obligații generale, abstracte, fără precizie, de natură a antrena răspunderea lor indiferent de poziția adoptată, precum legiuitorul ar fi dorit să îi croiască administratorului haina șafului ispășitor.

- În cele din urmă prin Legea nr. 265/2022 privind registrul comerțului au fost aduse modificări Legii societăților în mod direct dar și indirect, prin abrogarea Legii nr. 26/1990. Prin modificarea art. 36 alin. (2) din Legea nr. 31/1990 nu mai există obligativitatea anexării la cererea de înmatriculare a societății a dovezii efectuării vărsămintelor, a dovezii disponibilității firmei, a actelor privind proprietatea în cazul aporturilor în natură subscrise și vărsate la constituire și a certificatului constatator al sarcinilor de care sunt grevate în cazul imobilelor, a actelor constatatoare ale operațiunilor încheiate în contul societății și aprobate de asociați și a declarației pe propria răspundere a fondatorilor, a primilor administratori și, după caz, a primilor directori, respectiv a primilor membri ai directoratului și ai consiliului de supraveghere și, dacă este cazul, a primilor cenzori, că îndeplinesc condițiile prevăzute de Legea nr. 31/1990. Prin abrogarea art. 37, art. 41 alin. (2), 46, 60 și 64 din Legea societăților a fost înlăturată contradicția dintre prevederile din aceasta și O.G. nr. 116/2009, legea vorbind despre judecătorul delegat iar ordonanța despre persoana/persoanele anume desemnate care să opereze controlul de legalitate a cererilor de înmatriculare în registrul comerțului. Abrogarea art. 45 conduce la eliminarea obligației reprezentanților societății de a depune la oficiul registrului comerțului semnăturile lor, la data depunerii cererii de înregistrare, dacă au fost numiți prin actul constitutiv, iar pentru cei aleși în timpul funcționării societății, în termen de 15 zile de la alegere.

Una dintre noutățile importante pe care Legea nr. 265/2022 le aduce este reglementarea profesiei de registrator de registru comerțului, o persoană de specialitate juridică din cadrul Oficiului Național al Registrului Comerțului, care va îndeplini cerința verificării legalității înregistrărilor în registru. Deși această înființare a profesiei de registrator vine la nu mai puțin de treisprezece ani de la anunțata introducere a acestei profesii – art. 12 din O.U.G. nr. 116/2009 – aceasta este binevenită întrucât nu face decât să sporească garanțiile unei verificări de specialitate

¹⁹ A se vedea și St.D. Cărpănu, *Tratat 2019*, p. 119.

a înregistrărilor în registrul comerțului, ceea ce va avea drept consecință și o creștere a încrederii în această instituție.

Pe de altă parte, ca o consecință a schimbării radicale a realităților din timpul pandemiei de SARS-CoV-2, perioadă în care a fost necesară desfășurarea multor activități în regim online sau la distanță, noua reglementare a registrului comerțului introduce procedura de constituire a societăților prin intermediul mijloacelor electronice, online, încheierea actului constitutiv și înregistrarea în registrul comerțului derulându-se integral prin intermediul mijloacelor electronice. Apreciez că această modificare este binevenită, în sistemele societare din bazinul european această procedură era prezentă de aproape 20 de ani – Franța, Belgia, Italia, Spania etc.

Correspunzător acestei noi posibilități de înființare a societăților online, legiuitorul a înțeles să introducă și semnătura electronică calificată și sigiliul electronic calificat ca mijloace prin care să se poată certifica formularea online și adevărurile sau actele emise de autoritate. Evident că fără aceste instrumente de verificare procedura de înființare a societăților ce se derulează exclusiv prin mijloace electronice ar avea semnificativ de suferit în ceea ce privește veridicitatea înscrisurilor și/sau solicitărilor.

Mai trebuie evidențiat că, pentru prima dată în legislația noastră, Legea nr. 265/2022 definește fondul de comerț ca fiind ansamblul de bunuri mobile și imobile, corporale și necorporale – mărci, firme, embleme, brevete de invenții, vad comercial – utilizate de un operator economic în vederea desfășurării activității sale și a atragerii și menținerii clientelei. Această definiție era cunoscută în doctrină însă nu avea un corolar în ansamblul reglementărilor comerciale. Pe de altă parte, deși Legea nr. 265/2022 nu mai face vorbire despre embleme, pe bună dreptate deoarece acestea se puteau confunda în parte cu mărcile – totuși în cuprinsul definiției fondului de comerț se menționează acest element al fondului de comerț – emblema. Ar fi fost necesar ca, în măsura în care viziunea legiuitorului emblema nu își mai găsea locul în sfera elementelor de identificare ale profesionistului comerciant, să se realizeze și o unitate din această perspectivă și să nu mai fie menționată emblema în definiții sau în alte împrejurări legislative.

Spre deosebire de reglementarea anterioară – O.U.G. nr. 116/2009 – care prevedea că soluțiile persoanei/persoanelor anume desemnate să realizeze controlul de legalitate luau forma unor rezoluții, Legea nr. 265/2022 menționează că registratorul pronunță încheieri motivate, revenindu-se la forma inițială prevăzută de Legea nr. 26/1990 și de Legea nr. 31/1990. Cu toate acestea, o soluție discutabilă este diferențierea competenței de soluționare a plângerilor formulate împotriva acestor încheieri de către cei nemulțumiți. Astfel, arată legea că plângerile formulate de persoanele fizice autorizate, întreprinderile individuale și familiale se depun direct la judecătorie iar plângerile formulate de persoanele juridice se depun la oficiul registrului comerțului care le va trimite la tribunal spre competentă soluționare. Apreciez că era necesară o abordare unitară în această privință, toate plângerile trebuie depuse la oficiul registrului comerțului pentru a pregăti dosarul și pentru a-l trimite spre competentă soluționare tribunalului, aceasta fiind instanța competentă din punct de vedere material în cauzele cu profesioniști. Soluția adoptată de legiuitor are o tentă de segregare a profesioniștilor și trimite judecătoriei spre soluționare cauze care pot avea o complexitate mai ridicată ce s-ar cuveni soluționate de tribunal.

4. Concluzii

Pe lângă actele normative modificatoare pe care am încercat să le analizăm, există și alți factori de configurare ai Legii societăților, precum deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție și deciziile Curții Constituționale.

Evident că, spre exemplu, și decizia C.C.R. nr. 382/31.05.2018 are un impact semnificativ asupra reglementării societare deoarece au fost declarate neconstituționale dispozițiile art. 114

alin. (3) din Legea societăților nr. 31/1990, care nu permit contestarea în justiție, pe calea acțiunii în anulare prevăzute de art. 132 din lege, a deciziilor consiliului de administrație, respectiv directoratului luate în exercitarea atribuției delegate de majorare a capitalului social, ceea ce schimbă din punct de vedere al calității procesual active arhitectura cadrului procesual în cazul acțiunilor în anularea hotărârilor organelor de conducere.

În egală măsură și decizia ÎCCJ nr. 920/25.03.2015 a schimbat optica în ceea ce privește durata mandatului administratorilor, instanța supremă apreciind că expirarea mandatului administratorului societății pe acțiuni nu conduce la pierderea calității de a mai reprezenta în mod legal societatea iar 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 administrator²⁰.

Astfel, ÎCCJ a hotărât, prin decizia nr. 920 din 25 martie 2015, 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 instanță 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 soluții 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.

Pentru aceste considerente, ÎCCJ a apreciat că trebuie să dea eficiență dispozițiilor art. 72 din Legea nr. 31/1990 coroborat cu art. 1554-1555 C. civ. 1864 astfel încât încetarea mandatelor administratorilor sociali anteriori nu poate interveni decât în caz de revocare sau de numire a unor noi mandatar.

Apreciem soluția găsită de instanță ca fiind greșită, ceea ce a determinat și prezentarea unor argumente în sprijinul dezacordului față de această rezolvare a unui vid de decizie executivă din cadrul societăților reglementate de Legea nr. 31/1990²¹.

Mai trebuie menționat că, deși soluția instanței a avut ca fundament Codul civil 1864, în mod firesc această dezlegare poate produce efecte și în conjunctura noului Cod civil, întrucât dispozițiile actuale sunt foarte similare cu cele anterioare.

Încă de la început trebuie menționat că dispozițiile Codului civil aveau și au un caracter de drept comun față de reglementarea societăților, Legea nr. 31/1990 reprezentând o lege specială care se caracterizează de o aplicare prioritară față de dreptul comun. Așadar, derogările cuprinse în legea specială se vor aplica preferențial și prioritar față de dreptul comun – Codul civil.

²⁰ A se vedea 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 națională Intrarea în vigoare a noilor coduri. O primă evaluare organizată de către ACADEMIA ROMÂNĂ – Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, publicat în volumul conferinței, Ed. Universul Juridic, 2016, ISBN: 978-606-673-838-5.

²¹ 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>.

Potrivit reglementării actuale, Codul civil în vigoare, art. 2 și art. 3 alin. (1), dispozițiile codului reprezintă dreptul comun pentru toate domeniile la care se referă litera sau spiritul dispozițiilor sale, aplicabilitatea sa răsfrângându-se și asupra raporturilor dintre profesioniști precum și raporturilor dintre aceștia și orice alte subiecte de drept civil.

Cu toate acestea, tot Codul civil prevede în art. 192 dispoziția potrivit căreia persoanele juridice legal înființate se supun dispozițiilor aplicabile categoriei din care fac parte (în principal), precum și celor cuprinse în prezentul cod (în secundar), dacă prin lege nu se prevede altfel.

Drept urmare, rezultă fără echivoc faptul că dispozițiile Legii nr. 31/1990 reprezentau și reprezintă norme speciale raportat la Codul civil 1864 sau în vigoare, prevederile acestei legi aplicându-se cu prioritate.

Odată născută această concluzie, apreciem că nu se va putea face aplicarea unor norme din Codul civil 1864 sau în vigoare prin care să se lase fără efect dispoziții speciale din Legea nr. 31/1990.

Legea nr. 31/1990 cuprinde dispoziții speciale ce se aplică societăților referitor la mandatul exercitat de administrator.

În primul rând, art. 153¹² alin. (3) din Legea societăților cere ca persoana care este numită în funcția de administrator sau membru al directoratului sau al consiliului de supraveghere să accepte expres această numire ca o condiție de valabilitate. Astfel, lipsa acceptării exprese determină nulitatea numirii întru-cât legea impune ca o condiție de valabilitate acest acord expres al persoanei desemnate.

Potrivit acestui prim argument, rezultă că soluția impusă de ÎCCJ nu poate fi aplicabilă în materia societăților ci, poate produce efecte, eventual, în alte ipoteze, în măsura în care decizia ar fi sprijinită pe dispozițiile art. 2030 alin. (2) C. civ., astfel cum am arătat anterior.

Având în vedere că părțile contractului de mandat au rămas în pasivitate (ceea ce poate fi asimilat cu o manifestare de voință în sensul lipsei intenției de a prelungi contractul) și nu au dorit prelungirea împuternicirii, este ciudat ca o instanță să oblige un mandatar să-și execute în continuare obligațiile deși acesta nu mai dorește acest lucru.

Mult mai ciudat este situația în care instanța îi impune mandantului să continue să fie reprezentat de un mandatar în care poate și-a pierdut încrederea și poate și acest aspect este de natură să explice voința de a înceta contractul odată cu expirarea duratei sale.

Menționez că aceste dispoziții nu pot fi aplicate și societăților reglementate de Legea nr. 31/1990, în considerarea argumentelor prezentate deja cu privire la caracterul special și derogatoriu al Legii societăților față de dreptul comun – Codul civil.

Este adevărat că art. 72 din Legea societăților nr. 31/1990 ne arată că obligațiile și răspunderea administratorilor sunt reglementate de dispozițiile referitoare la mandat și de cele special prevăzute în această lege, însă accentul trebuie să cadă pe aplicabilitatea normelor speciale și apoi a dreptului cu comun.

Ca atare, se vor aplica dispozițiile contractuale stabilite de părți în contractul de mandat, dispozițiile Legii nr. 31/1990 cu privire la mandatul administratorului, obligațiile și răspunderea acestuia, și apoi se vor aplica prevederile dreptului comun, în completare și numai în cazul în care normele speciale nu cuprind indicații derogatorii.

O altă dispoziție ce prezintă interes în analiză este art. 153¹² alin. (1) și (2) din Legea societăților, potrivit căreia durata mandatului primilor administratori nu poate fi mai mare de 2 ani iar a administratorilor numiți ulterior nu poate fi mai mare de 4 ani. Se mai arată în cuprinsul acestui articol că există posibilitatea realegerii administratorilor fără o limitare a numărului de mandate, dacă nu se interzice expres prin actul constitutiv această posibilitate.

Din aceste prevederi rezultă că soluția instanței este contrară legii deoarece, în cazul prelungirii de drept a mandatului administratorului, acesta putând să continue să reprezinte societatea până la numirea altui administrator, deoarece ar reprezenta o depășire a duratei maxime a mandatului pe care legea o prevede.

Nu poate fi reținut argumentul instanței în sensul în care numai această interpretare ar fi în sensul în care norma ar produce efecte juridice deoarece tocmai această interpretare lipsește de efecte juridice dispozițiile din Legea nr. 31/1990 ceea ce este chiar contrar principiului enunțat de instanță. În această situație, apreciez că nu există necesitatea unei interpretări deoarece norma pusă în discuție este clară, interpretarea fiind necesară în cazul în care norma este caracterizată de incertitudine, neclaritate etc.

Se mai arată în motivarea deciziei instanței faptul că o justificare a acestei soluții o reprezintă interesele bunei administrări a unei societăți comerciale pe acțiuni ceea ce reclamă efectuarea oricăror acțiuni care necesită protejarea acestora. Nu poate răzbate din aceste motivări un interes care este calificat de instanță ca fiind cvasi-public ce necesită protecție deoarece societățile reprezintă interese private iar o protecție a acestora nu se regăsește între atribuțiile instanței judecătorești.

Mai mult decât atât, în măsura în care nu mai există încredere între mandant și mandatar, iar părțile au decis, tacit, să înceteze contractul prin expirarea duratei sale, poate instanța să aprecieze chestiuni legate de oportunitatea desfășurării de operațiuni de către un mandatar căruia îi lipsește o componentă decisivă a contractului – încrederea – *frangenti fidei non est fides servanda*?

În plus, să presupunem, prin absurd, că soluția instanței ar fi corectă și trebuie pusă în aplicare, totuși se ridică întrebarea firească: această prelungire nu are o limitare în timp, nu este limitată, deoarece excepția nu poate avea o întindere mai largă decât regula (durata prelungirii nu poate depăși durata mandatului prelungit însuși)?! În această ipoteză am fi în cazul în care prelungirea de drept a administrării ar dura *sine die*, deoarece nu există certitudinea și previzibilitatea momentului numirii unui alt administrator de către asociați/acționari.

Sunt de părere că în instanța nu a făcut altceva decât să intervină în contractul de mandat prelungindu-i durata, aceasta chiar în dezacordul părților care au decis să înceteze raporturile contractuale prin ajungerea la termen a convenției. Or, a fost unanimă poziția exprimată atât doctrinar dar și jurisprudențial²² cu privire la posibilitatea de a modifica clauze contractuale sau chiar contractul în sine, principiul forței obligatorii a contractului impunând aceste limite.

Toate acestea ne îndreptățesc să concluzionăm că inflația legislativă nu se va stăvili iar lipsa de previzibilitate legislativă va prevala, sperând doar că vom fi capabili să ținem pasul cu progresismul atât de mult dorit.

²² ÎCCJ, s. a II-a civ., dec. nr. 3234/23.10.2014.

Secțiunea – Drept civil, Dreptul Muncii, Dreptul Familiei

[The Section – Civil Law, Labor Law, Family Law]

Statutul îngrijitorului la domiciliu

[Home Caregiver Status]

CS I, prof. univ. dr. Raluca DIMITRIU*

Abstract: Long-term care for people in need (elderly, children, people with disabilities) is carried out in Romania under a fragmented, unclear and contradictory legislation. In addition, control bodies (and primarily the labor inspectorate) have so far shown little concern for identifying cases of undeclared work and, in general, for the protection of long-term home care workers. The paper presents the legal grounds in which this type of activity can be performed and presents aspects of the dysfunctionality of the current regulations, which are generally centered only on the needs of the beneficiaries, not including worker protection rules.

Keywords: Labour Legislation; Long-term Care; Workers Protection; Working Time

1. Introducere

Îngrijirea de lungă durată a persoanelor în nevoie (vârstnici, copii, persoane cu dizabilități) se realizează în România în temeiul unei legislații fragmentate, neclare și contradictorii. În plus, organele de control (și, în primul rând, inspecția muncii) s-au dovedit până acum puțin preocupate de identificarea cazurilor de muncă nedeclarată și, în general, de protecția lucrătorilor ce prestează acest tip de activitate.

Una dintre problemele esențiale aici o constituie faptul că locul muncii îl constituie domiciliul unei persoane; aceasta poate fi angajatorul (în cazul contractelor încheiate în mod direct între acesta și lucrător), poate fi lucrătorul (în cazul asistenților personali profesioniști) sau poate fi un terț față de contract (de exemplu, în cazul asistenților personali neprofesioniști, când contractul de muncă se încheie între primărie și lucrător, în beneficiul unui terț în raport cu contractul de muncă). În toate cazurile, accesul inspecției muncii se poate realiza cu dificultate; el presupune în toate cazurile acordul persoanei care domiciliază.

În al doilea rând, întreaga legislație în domeniu este centrată în jurul protecției beneficiarilor; există foarte puține prevederi menite să asigure în vreun fel protecția lucrătorilor.

Actele normative care cuprind referiri la această categorie profesională sunt numeroase, deși nu întâlnim o reglementare efectivă a categoriei îngrijitorilor la domiciliu. Legea-cadru este Legea asistenței sociale nr. 292/2011¹, în aplicarea căreia există legi speciale privind protecția socială a diferitelor categorii de beneficiari eligibili pentru servicii de îngrijire pe termen lung. Potrivit Legii asistenței sociale, îngrijirea de lungă durată este îngrijirea persoanei care necesită pe o perioadă mai lungă de 60 de zile ajutor pentru îndeplinirea activităților de bază și instrumentale ale vieții zilnice.

În plus, grupate în funcție de categoriile de beneficiari, există o largă paletă de acte normative:

* cercetător științific I, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; raluca.dimitriu@drept.ase.ro.

¹ Publicată în M. Of. nr. 905 din 20 decembrie 2011.

- Legea 17/2000 privind asistența socială pentru persoanele vârstnice², modificată recent prin Legea nr. 355/2022³
- Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap⁴, în aplicarea căreia s-au adoptat: Normele Metodologice din 2007 de aplicare a prevederilor Legii nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap⁵, și H.G. nr. 548/2017 privind aprobarea condițiilor de obținere a atestatului, procedurile de atestare și statutul asistentului personal profesionist⁶;
- Legea nr. 7/2023 privind susținerea procesului de dezinstituționalizare a persoanelor adulte cu dizabilități și aplicarea unor măsuri de accelerare a acestuia și de prevenire a instituționalizării, precum și pentru modificarea și completarea unor acte normative⁷;
- Legea 167/2014 privind exercitarea profesiei de bonă⁸.

2. Categori

În esență, îngrijitorii la domiciliu pot fi grupați astfel:

a) Îngrijitori externi la domiciliu (care nu domiciliază în aceeași gospodărie cu beneficiarul muncii lor), cum ar fi furnizori de îngrijiri paliative de bază și specializate (salariați) sau lucrători pe platforme digitale (cel mai adesea persoane fizice autorizate). O parte din aceștia se află în raport juridic direct cu beneficiarul. Este, de exemplu, cazul bonelor, angajate în condițiile Legii nr. 167/2014⁹, dar și a altor tipuri de îngrijitori, în rarele cazuri în care munca acestora nu este nedeclarată;

b) Îngrijitori interni, de exemplu asistenți personali neprofesioniști ai persoanelor cu handicap, plătiți de autoritățile locale sau angajați direcți ai persoanei beneficiare;

c) Îngrijitori care își desfășoară activitatea la propriul domiciliu, cum sunt asistenții personali profesioniști.

Potrivit legii, serviciile de îngrijire care presupun ajutor pentru îndeplinirea activităților instrumentale ale vieții zilnice sunt acordate de îngrijitori informali și voluntari și, numai în lipsa acestora, de îngrijitori formali¹⁰. Deci cei mai mulți îngrijitori sunt neplătiți, membri ai familiei.

Regimul juridic al îngrijitorilor la domiciliu depinde de tipul de contract încheiat: contract de muncă sau contract civil (ca persoane fizice autorizate). Există următoarele categorii:

a) Salariați ai furnizorilor de îngrijiri paliative de bază și specializate, care prestează activitate la domiciliul beneficiarului;

b) Asistenți personali profesioniști (îngrijitori specializați) care îngrijesc la propriul domiciliu persoane cu handicap grav¹¹. Ei sunt angajați ai Direcției de asistență socială iar activitatea lor se

² Publicată în M. Of. nr. 157 din 6 martie 2007, modificată cel mai recent prin Legea nr. 355/2022.

³ Publicată în M. Of. nr. 1202 din 14 decembrie 2022.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 1 din 3 ianuarie 2008, modificată cel mai recent prin Legea nr. 7/2023.

⁵ Publicată în M. Of. nr. 233 din 4 aprilie 2007.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 659 din 10 august 2017. Potrivit Legii nr. 7/2023, acest act normativ se va modifica până în mai 2023.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 19 din 6 ianuarie 2023.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 922 din 18 decembrie 2014.

⁹ Pentru un examen al reglementării, a se vedea și R. Dimitriu, *Romania: Regulating the professional status of nannies* – EurWORK, European Observatory of Working Life, Romania: Regulating the professional status of nannies | Eurofound (europa.eu).

¹⁰ Art. 52 (6) din Legea asistenței sociale nr. 292/2011.

¹¹ Art. 5.7 din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap.

desfășoară în baza unui contract de muncă pe durata valabilității atestatului¹² și în condițiile contractului de muncă la (propriul) domiciliu;

c) Asistenți personali (persoane necalificate, adesea membri ai familiei), angajați cu contract de muncă de către primăria de la domiciliul beneficiarului. În baza evaluării medicale, persoana cu handicap grav are dreptul de a opta între un asistent personal sau o indemnizație¹³. Dacă optează pentru un asistent personal, acesta va fi angajat de primăria localității în care își are domiciliul persoana cu handicap grav¹⁴. Din datele furnizate de către Ministerul muncii rezultă că în prezent sunt angajate ca asistenți personali 49.529 de LTC workers pentru îngrijirea de persoane cu handicap, dintre care 9.466 ca asistenți personali ai copiilor cu handicap, iar 40.063 ca asistenți personali ai adulților cu handicap.

Acești asistenți personali sunt plătiți din bugetele locale, pe baza legii salarizării personalului bugetar (Legea nr. 153/2017). Nu există însă date statistice privind procentul acestora, raportat la totalul îngrijitorilor persoanelor cu handicap.

Iată mai jos un tabel care reflectă diferența dintre asistenții personali profesioniști și neprofesioniști:

	Baza contractuală	Locul muncii	Angajator
Asistenți personali profesioniști	Contract de muncă	Propriul domiciliu	Direcția de Asistență Socială sau cu furnizorii privați de servicii sociale
Asistenți personali neprofesioniști	Contract de muncă	Domiciliul beneficiarului	Primăria de la domiciliul beneficiarului

d) *Angajați direcți ai persoanei beneficiare;*

e) *Îngrijitori informal ai persoanelor vârstnice, care beneficiază de indemnizație de la bugetul local (și nu au contract de muncă).*

Îngrijitorii informal de persoane vârstnice care lucrează și în altă parte pot beneficia la locul de muncă de un program lunar de lucru redus, de o jumătate de normă. Pentru cealaltă jumătate de normă ei primesc de la bugetul local o indemnizație, în baza unui contract încheiat cu serviciul public de asistență socială. Indemnizația este echivalentă cu jumătate din salariul unui junior social assistant. Timpul cât îngrijitorii informal au beneficiat de program redus de lucru se consideră, la calculul vechimii în muncă, timp lucrat cu normă întreagă¹⁵. Indemnizația primită are natură salarială, iar perioada constituie stagiul de cotizare la pensie. Totuși, jumătatea de normă afectată îngrijirii persoanei vârstnice nu este bazată pe un contract de muncă, iar timpul de muncă nu este cuantificat. Îngrijitorii informal pentru persoane vârstnice dependente nu sunt recunoscuți ca lucrători.

¹² Hotărârea Guvernului nr. 548/2017 prevede condițiile de obținere a atestatului, procedurile de atestare și statutul asistentului personal profesionist.

¹³ Art. 35 din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap.

¹⁴ Art. 39 din Legea nr. 448/2006 privind protecția și promovarea drepturilor persoanelor cu handicap. Ocupația de Asistent personal al persoanei cu handicap grav face parte din Clasificarea Ocupațiilor din România. Standardul ocupațional: Microsoft Word – SO_AsistPersHand_REV_site.doc (conta-conta.ro). Potrivit Strategiei naționale privind drepturile persoanelor cu dizabilități „O Românie echitabilă”, 2022-2027 (p. 42), acest standard ocupațional va fi revizuit cât de curând.

¹⁵ Art. 13 din Legea nr. 17/2000.

Salarizarea îngrijitorilor persoanelor cu handicap este sensibil mai mare decât a îngrijitorilor persoanelor vârstnice. Această diferență este inexplicabilă; ea a fost menționată și în Strategia națională privind îngrijirea de lungă durată și îmbătrânirea activă pentru perioada 2023-2030 (p. 12). Într-adevăr, nevoile de îngrijire personală sunt similare pentru o persoană cu dizabilități și pentru o persoană în vârstă care se află într-un grad similar de dependență. Implicit, serviciile de îngrijire personală de care ar avea nevoie, sunt similare pentru ambele categorii de beneficiari.

f) *Bone, angajate cu contract de muncă sau contract civil;*

g) *Îngrijitori informal.*

3. Aplicarea legislației muncii asupra îngrijitorilor la domiciliu

Legislația nu cuprinde excluderi exprese ale îngrijitorilor la domiciliu de la prevederile de drept al muncii. Dar în realitate, mulți dintre ei, cum ar fi asistenții personali ai persoanelor cu handicap, deși sunt angajați cu contract de muncă pentru 8 ore/zi, prestează activitate aproape continuă în beneficiul persoanei îngrijite. Unii dintre aceștia au solicitat în instanță plata unor sporuri, pentru ore suplimentare și muncă de noapte, dar aceste cereri au fost respinse cu motivarea că obligațiile de salariat se completează cu cele care decurg din relația de rudenie cu beneficiarul îngrijirii¹⁶.

În plus față de cazurile generale prevăzute în Codul muncii, contractul de muncă al asistentului personal neprofesionist încetează de drept în cazul decesului persoanei cu handicap grav¹⁷ sau la încetarea valabilității certificatului de handicap.

Contractul asistentului personal profesionist se suspendă ori încetează în cazurile prevăzute Codul muncii, în cazul retragerii sau încetării atestatului de asistent personal profesionist, precum și în cazul în care acesta nu are pe nimeni în îngrijire¹⁸.

De observat că îngrijitorii la domiciliu pot desfășura activitate și ca lucrători temporari, angajați de un agent de muncă temporară și trimiși în misiune la un utilizator, care este beneficiarul activității de îngrijire. Într-adevăr, potrivit art. 88 alin. (4) din Codul muncii, utilizatorul poate fi și o persoană fizică (art. 88 alin. (4) din Codul muncii). Dar nu există practică judecătorească în acest domeniu, iar ipotezele de utilizare a legislației muncii prin agent de muncă temporară sunt rare.

În cazul îngrijitorilor la domiciliu, munca nedeclarată constituie o problemă aproape complet neadresată de inspecția muncii și organele de control. Dar chiar și în cazul îngrijitorilor formali, care au contract de muncă, controlul este aproape inexistent, iar depășirea constantă a timpului de muncă este tacit acceptată de toți actorii, inclusiv de organele de control, ca fiind inevitabilă. În plus, legislația însăși este eliptică.

Cadrul legal românesc este deocamdată lipsit de coerență; ele este în plin proces de modificare. România se află în plin proces de modificare a legislației asistenței sociale, ca jalon al Planului Național de Redresare și Reziliență; regimul juridic al îngrijitorilor la domiciliu este pe cale să se modifice și el. Deocamdată, unele acte normative au fost actualizate, altele nu; de aici dificultatea de organizare și clasificare a acestor categorii de lucrători. Legislația românească este organizată în funcție de nevoile de îngrijire ale beneficiarilor și cuprinde puține norme specifice cât privește statutul îngrijitorilor. Nu există o definiție a îngrijirilor de lungă durată prevăzute integrat (medico-social), iar terminologia și definițiile serviciilor medicale și sociale de îngrijiri la domiciliu și a celor de lungă durată nu sunt aliniate. Uneori, în cuprinsul aceleiași legi putem

¹⁶ De exemplu, Tribunalul București, Sentința nr. 628 din 21 ianuarie 2013 (www.sintact.ro).

¹⁷ Art. 39 (4) din Legea 448/2006.

¹⁸ Art. 12 (4) din H.G. nr. 548/2017.

întâlni contradicții (de exemplu, Legea asistenței sociale nr. 292/2011 definește lucrătorii informal ca fiind persoane necalificate (art. 6 ș), pentru ca la art. 52 (4) să facă referire la „îngrijitori informal calificați”).

Din punctul de vedere al drepturilor colective, există anumite federații sindicale care reprezintă îngrijitorii la domiciliu, mai ales asistenții personali, cum ar fi Federația Sindicatelor Asistenților Personali ai Persoanelor cu Handicap și Sindicatul Columna. Alți îngrijitori la domiciliu, salariați din bugetele locale, sunt membri ai unor sindicate ale administrației publice.

Contracte colective de muncă există numai în sectorul bugetar (pentru asistenții personali) și cuprind uneori o durată mai îndelungată a concediului de odihnă, în funcție de vechimea în muncă, ca și dreptul la decontarea analizelor medicale¹⁹. Prin intrarea în vigoare a noii legi a dialogului social (nr. 367/2022) este posibil ca negocierea colectivă să fie resuscitată.

Nu există reglementări speciale privind îngrijitorii la domiciliu care sunt persoane fizice autorizate, nici la identificarea lucrătorilor fals-independenți. Legea nr. 167/2014 privind exercitarea profesiei de bonă face referiri la posibilitatea prestării activității ca lucrător independent, fără a cuprinde însă norme speciale. Cu caracter general, în decembrie 2022 a fost adoptată o nouă lege a dialogului social²⁰, care prevede că și lucrătorii independenți se pot sindicaliza și pot participa la negocierile colective. În afara acestei posibilități de sindicalizare, lucrătorii independenți în România nu beneficiază de protecția oferită de legislația muncii. Dacă contractul lor este recalificat în instanță ca având natura juridică a unui contract de muncă, ei beneficiază retroactiv de toate drepturile unui salariat.

Sindicatele asistenților personali au depus demersuri pentru recunoașterea locului de muncă ca fiind greu, vătămător sau periculos (cu consecința dreptului la un spor la salariu). Practica judecătorească este neunitară, deoarece munca se desfășoară la domiciliul propriu (în cazul asistenților personali profesioniști), respectiv la domiciliul beneficiarului (în cazul celor neprofesioniști), totuși unele instanțe au admis că particularitatea muncii prestate îi poate conferi acesteia caracter vătămător sau periculos.

4. Problema timpului de muncă

Asistenții personali profesioniști au obligația specifică de a asigura continuitatea activității și în perioada efectuării concediului legal de odihnă, cu excepția cazului în care separarea de adulții cu handicap este autorizată de angajator²¹ (Direcția de Asistență Socială sau cu furnizorii privați de servicii sociale). Se observă că această prevedere are un conținut similar cu cel al art. 122 (3) lit. d) din Legea nr. 272/2004 privind protecția și promovarea drepturilor copilului, care prevede că în perioada efectuării concediului legal de odihnă asigură continuitatea activității desfășurate, cu excepția cazului în care separarea, în această perioadă, de copilul aflat în plasament în familia sa este autorizată de direcție.

Ca și asistenții personali, și asistenții maternali au calitatea de salariați. Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat în Cauza C-147/17 – Sindicatul familia Constanța, că art. 1 alin. (3) din Directiva 2003/88/CE a Consiliului din 4 noiembrie 2003 privind anumite aspecte ale organizării timpului de lucru coroborat cu art. 2 alin. (2) din Directiva 89/391/CEE a Parlamentului European și a Consiliului din 12 iunie 1989 privind punerea în aplicare de măsuri pentru promovarea îmbunătățirii securității și sănătății lucrătorilor la locul de muncă trebuie interpretat în sensul că nu se încadrează în domeniul de aplicare al Directivei 2003/88 activitatea de asistent

¹⁹ A se vedea, spre exemplu, <https://sindicatulcolumna.ro/c-c-m-uri-incheiate/#>

²⁰ Legea nr. 367/2022, publicată în M. Of. nr. 1238 din 22 decembrie 2022.

²¹ Art. 14 lit. g) din H.G. nr. 548/2017.

maternal care constă, în cadrul unui raport de muncă cu o autoritate publică, în primirea și integrarea unui copil în căminul propriu și în asigurarea, în mod continuu, a dezvoltării armonioase și a educației acestui copil.

Situația asistenților personali nu este însă întru totul similară cu cea a asistenților maternali. De altfel CJUE a precizat particularitatea că, în cazul asistenților maternali este necesară menținerea continuă și pe termen lung a unei legături privilegiate între copilul aflat în plasament și asistentul maternal, caracterizată prin integrarea acestui copil în căminul și în familia asistentului maternal (para. 73). A limita programul de lucru săptămânal al asistenților maternali, conform art. 6 din Directiva 2003/88, și a obliga angajatorul să le acorde acestora din urmă, conform art. 5 și 7 din această directivă, beneficiul zilelor de repaus săptămânal și anual în cursul cărora să fie dispensați de a-și desfășura activitatea și, prin urmare, de a se ocupa de copilul aflat în îngrijirea lor nu ar fi compatibil cu caracteristicile inerente ale unei asemenea activități, care impun ca asistentul maternal să găzduiască în cadrul căminului și al familiei sale, în mod continuu și pe termen lung, copilul aflat în îngrijirea sa. (para 74).

Această particularitate nu se regăsește întotdeauna în cazul asistenților personali ai persoanelor cu dizabilități, astfel încât este discutabil dacă asistenții personali ar putea fi excluși de la beneficiul Directivei 2003/88, prin analogie cu asistenții maternali.

Cât privește asistenții personali neprofesioniști ai persoanelor cu handicap grav, aceștia au dreptul la concediul de odihnă potrivit Codului muncii. În această perioadă angajatorul (primăria) are obligația de a asigura persoanei cu handicap grav un înlocuitor al asistentului personal, de a plăti o indemnizație sau găzduirea într-un centru de tip respiro. În afara acestei mențiuni, legislația nu prevede nicio normă specială, deși e clar că prevederile Codului muncii privind timpul de muncă și timpul de repaus sunt neaplicate în practică.

În ceea ce privește îngrijitorii informali ai persoanelor vârstnice, aceștia nu sunt considerați lucrători și nu se bucură de protecția oferită de legislația muncii nici atunci când sunt indemnizați din bugetul local corespunzător a 1/2 de normă. Timpul de muncă al acestora nu este în realitate comensurat. Suma primită este o indemnizație, nu un salariu (o contraprestație a muncii).

Dacă în cazul asistenților personali profesioniști există unele (vagi) norme speciale privind timpul de muncă, acestea lipsesc în cazul asistenților personali neprofesioniști. Salariul plătit acestora de către primării este perceput mai mult ca o indemnizație, independentă de muncă, în lipsa oricăror forme de protecție efectivă.

Legea nr. 111/2022 privind reglementarea activității prestatorului casnic²² prevede posibilitatea angajatorilor de a acorda salariaților tichete de activități casnice. Salariații vor putea utiliza aceste tichete pentru remunerarea prestatorilor casnici în gospodăria lor, inclusiv a îngrijitorilor persoanelor în nevoie din propria familie. Legea va intra în vigoare în 2024; ea urmărește în esență diminuarea muncii nedeclarate în activitățile casnice.

5. Concluzii

Legislația românească și organele de control au manifestat până acum foarte puțină preocupare pentru problematica îngrijitorilor la domiciliu. Inspecția muncii nu realizează controale ale muncii nedeclarate în acest domeniu. Formele de control sunt restricționate sau chiar excluse, ca afectând dreptul persoanei la viață privată. Legislația românească reglementează numai munca prestată de lucrător la propriul domiciliu, spre deosebire de Convenția Organizației Internaționale a Muncii nr. 177/1996 asupra muncii la domiciliu (neratificată de România) care prevede că locul muncii va putea fi nu numai domiciliul, dar și orice alt loc ales de către salariat.

²² Publicată în M. Of. nr. 402 din 27 aprilie 2022.

Serviciul public de asistență socială poate dispune efectuarea de controale periodice asupra activității îngrijitorilor informal care beneficiază de indemnizație. Dar scopul controalelor este exclusiv de asigurare a protecției beneficiarului îngrijirii, nicidecum de protecție a drepturilor îngrijitorului.

Problemele decurg și din dificultatea monitorizării, a colectării de date statistice și mai ales a controlului muncii nedeclarate.

Pentru vârstnici și persoane cu dizabilități au fost adoptate recent Strategii naționale, în contextul Planului Național de Redresare și Reziliență:

- *Strategia privind îngrijirea de lungă durată și îmbătrânirea activă pentru perioada 2023-2030*²³;

- *Strategia națională privind drepturile persoanelor cu dizabilități „O Românie echitabilă” 2022-2027*²⁴.

Nici aceste recente strategii nu adresează însă problematica îngrijitorilor la domiciliu, ci sunt orientate asupra protecției beneficiarilor muncii.

²³ Adoptată pe 14 decembrie 2022.

²⁴ Aprobata prin H.G. nr. 490/2022, publicată în M. Of. nr. 375 din 15 aprilie 2022.

Considerații privind noile reglementări ale instituției reprezentanților salariaților din legea dialogului social

[Considerations Regarding The New Regulations of The Institution of The Employee Representatives From The Social Dialogue Law]

Prof.univ.dr. Dan TOP*

Abstract: *At the end of 2022, the situation of employee representatives has changed, being much detailed at the regulatory level, through the new social dialogue law. At the employer where there are at least 10 employees/workers and where there is no union, the interests of the employees/workers can be promoted and defended by their representatives. It is established, in the absence of the agreement of the parties, the number of representatives considered optimal, and their attributions have been specified. The representatives of employees/workers cannot carry out activities that are recognized by law exclusively for trade unions. It is assumed that in the new legislative framework, the activity of employee representatives will increase through effective participation in the procedures for information, consultation, and resolution of collective labor disputes.*

Keywords: *Employee Representatives; Social Dialogue; Representativeness*

Instituția reprezentanților salariaților¹ a fost reglementată de Legea nr. 130/1996 privind contractului colectiv de muncă (republicată în 1998)². Conform art. 20 din acel act normativ, contractul colectiv de muncă se putea încheia și în unitățile în care nu există organizații sindicale sau acestea nu îndeplinesc condițiile de reprezentativitate. În acest caz, salariații își alegeau reprezentanții la negociere prin vot secret. La alegerea lor era necesară participarea a cel puțin jumătate plus unu din numărul total al salariaților. Reprezentanții erau desemnați în raport cu numărul voturilor obținute.

Alte atribuții ale reprezentanților salariaților au fost prevăzute de Legea nr. 168/1999 privind soluționarea conflictelor de muncă³ și anume, în lipsa sindicatelor reprezentative, ei: reprezintă salariații în conflictele de interese (declanșare, conciliere – art. 10 alin. 2, art. 14 alin. 1, art. 17); desemnează un arbitru în cadrul procedurii arbitrajului conflictelor de interese (art. 33 lit. c); organizează grevele și îi reprezintă pe greviști (art. 46) etc.

Legea nr. 53/2003 – Codul muncii cuprinde un capitol special destinat reprezentanților salariaților, inclus Titlului VII „Dialogul social”, (art. 224-229). Conform art. 224 alin. 1, la „angajatorii la care sunt încadrați mai mult de 20 de salariați și dacă nici unul nu este membru de sindicat, interesele acestora pot fi promovate și apărute de reprezentanții lor, aleși și mandatați special în acest scop”.

Modificarea și completarea Codului muncii prin Legea nr. 40/2011⁴ a restabilit sediul materiei în art. 221-226 din Codul muncii.

* Coordonator doctorat, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); top.dan@gmail.com

¹ Țiclea A., *Reprezentanții salariaților*, în „Revista română de dreptul muncii”, nr. 1/2004, p. 18-24.

² Publicată în M. Of. nr. 184 din 19 mai 1998.

³ Publicată în M. Of. nr. 582 din 29 noiembrie 1999.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 345 din 18 mai 2011.

În acest context s-a apreciat că existența reprezentanților salariaților nu este obligatorie⁵, legea instituie doar o posibilitate și nu o obligație pentru salariați de a-și alege reprezentanții.

Dispozițiile din Codul muncii cu privire la protecția reprezentanților salariaților au fost apreciate⁶ ca fiind în concordanță cu prevederile Convenției O.I.M. nr. 135/1971 privind protecția reprezentanților lucrătorilor în întreprinderi și înlesnirile ce se acordă acestora.

Codul muncii prevede la nivel superficial⁷ modul de alegere al reprezentanților salariaților, iar în lipsa unei proceduri clare, nici nu prea putea fi verificată respectarea dispozițiilor legale și nici inspectoratele teritoriale de muncă nu puteau interveni; cel mult puteau să verifice dacă există un proces verbal de alegeri și dacă mai mult de jumătate din numărul total al salariaților au votat aceeași reprezentanți,

La sfârșitul anului 2022, situația reprezentanților salariaților s-a schimbat, fiind mult detaliată la nivel de reglementare, prin noua lege a dialogului social.

Legea nr. 367/2022 privind dialogul social⁸ definește reprezentanții angajaților/lucrătorilor, în art. 1 pct. 9, ca fiind „persoanele alese conform procedurii stabilite prin prezenta lege și mandate de către angajați/lucrători să îi reprezinte, potrivit legii”.

În literatura de specialitate, anterior acestui act normativ, o definiție a reprezentanților salariaților arăta că sunt „acei salariați mandatați prin votul majorității salariaților să îi reprezinte pe aceștia în relația cu angajatorul, având ca atribuții principale urmărirea respectării drepturilor salariaților în conformitate cu legislația în vigoare, cu contractul colectiv de muncă aplicabil, cu contractele individuale de muncă și cu regulamentul intern, promovarea intereselor salariaților referitoare la salariu, condiții de muncă, timp de muncă și odihnă, stabilitate în muncă, a oricăror altor interese profesionale, economice și sociale legate de relațiile de muncă, precum și sesizarea inspectoratului de muncă cu privire la nerespectarea dispozițiilor legale și ale contractului colectiv de muncă aplicabil și negocierea contractului colectiv de muncă, în condițiile legii, și care nu pot să desfășoare activități ce sunt recunoscute prin lege exclusiv sindicatelor”⁹.

Codul muncii, în Titlul VII, capitolul 3 (art. 221-226) prevede procedura de alegere, atribuțiile principale și caracteristicile mandatului reprezentanților salariaților, dispoziții care trebuie să fie puse de acord cu cele din Titlul II, capitolul VI al Legii nr. 367/2022, referitoare la reprezentanții angajaților/lucrătorilor.

Potrivit art. 57 alin. 1, la angajatorul la care sunt încadrați minimum 10 angajați/lucrători și la care nu există sindicat, interesele angajaților/lucrătorilor pot fi promovate și apărute de reprezentanții lor, aleși și mandatați special în acest scop, conform legii.

Este o schimbare importantă față de situația precedentă, când reprezentanții salariaților puteau fi aleși doar în entități cu cel puțin 21 de salariați¹⁰.

Reprezentanții angajaților/lucrătorilor sunt aleși (art. 57 alin. 2), cu votul a cel puțin jumătate plus unu din numărul total al angajaților/lucrătorilor din unitatea respectivă.

⁵ Ștefănescu I.T., *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2007, p. 108-109; Țop D., *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 99.

⁶ Dima L., *Dreptul muncii. Curs universitar*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 320.

⁷ Năstase D., *Angajatorii nu mai pot interveni în procesul de alegere a reprezentanților salariaților și nici nu-l mai pot împiedica*, avocatnet.ro, 2 ianuarie 2023.

⁸ Publicată în M. Of. nr. 1238 din 22 decembrie 2022.

⁹ Nicolau Eduard Traian, *Modalități nesindicale de reprezentare a salariaților*. Ed. C.H. Beck, București, 2022., p. 202.

¹⁰ Țop D., *Tratat de dreptul muncii*, ed. a IV-a, Ed. Universul Juridic, București, 2022, p. 122.

Este interzisă, prevede art. 57 alin. 3, orice intervenție din partea autorităților publice, a angajatorilor și a organizațiilor acestora în alegerea reprezentanților angajaților/lucrătorilor ori în împiedicarea desfășurării acestor alegeri.

Angajatorul, la cererea angajaților/lucrătorilor, va facilita, corespunzător art. 57 alin. (4) desfășurarea procedurilor de alegere a reprezentanților angajaților/lucrătorilor. La nivelul angajatorului la care nu există un sindicat, angajații/lucrătorii pot constitui (art. 57 alin. 5) un grup de inițiativă care elaborează procedurile și/sau regulamentul pentru desfășurarea alegerii reprezentanților angajaților/lucrătorilor. Pentru inițierea și derularea alegerilor reprezentanților angajaților/lucrătorilor, grupul de inițiativă poate cere (art. 57 alin. 7) consultanță unei federații sindicale legal constituite în sectorul de negociere colectivă respectiv. În cazul în care federația sindicală acceptă să ofere consultanță, reprezentantul acesteia are acces în unitate pentru desfășurarea procesului privind alegerea reprezentanților angajaților/lucrătorilor, cu respectarea regulamentului intern al unității.

Procedurile și/sau regulamentul pentru desfășurarea alegerilor se comunică, prevede art. 57 alin. 6, angajatorului, care are obligația ca, în termen de cel mult 10 zile de la primire, să informeze toți angajații/lucrătorii unității cu privire la conținutul procedurilor și/sau regulamentului pentru desfășurarea alegerii reprezentanților angajaților/lucrătorilor.

Dacă Codul muncii în varianta inițială din 2003, în art. 225 alin. (1) prevedea că „pot fi aleși ca reprezentanți ai salariaților salariații care au împlinit vârsta de 21 de ani și care au lucrat la angajator cel puțin un an fără întrerupere”¹¹, Legea nr. 367/2022 arată că pot avea calitatea de reprezentanți ai angajaților/lucrătorilor, conform art. 58 alin. 1, persoanele care sunt încadrate la angajator pe baza unui contract individual de muncă sau raport de serviciu și au împlinit vârsta de 18 ani.

Se poate constata că noua reglementare nu a mai preluat condiția capacității depline de exercițiu, cerută de art. 222 alin. (1) din Codul muncii, ci a fixat vârsta minimă de 18 ani, ceea ce reprezintă din punct de vedere al dreptului civil, același lucru.

Numărul de reprezentanți aleși ai angajaților/lucrătorilor se stabilește (art. 58 alin. 2), de comun acord cu angajatorul, în funcție de numărul total de angajați/lucrători. După cum s-a menționat în doctrină¹² este vorba de o avizare consultativă în raport cu numărul de salariați ai angajatorului.

Dacă nu se realizează acordul, numărul de reprezentanți aleși ai angajaților/lucrătorilor nu poate fi mai mare de:

- a) 2 reprezentanți, la angajatorii care au sub 100 de angajați/lucrători;
- b) 3 reprezentanți, la angajatorii care au între 101 și 500 de angajați/lucrători;
- c) 4 reprezentanți, la angajatorii care au între 501 și 1.000 de angajați/lucrători;
- d) 5 reprezentanți, la angajatorii care au între 1.001 și 2.000 de angajați/lucrători;
- e) 6 reprezentanți, la angajatorii care au peste 2.000 de angajați/lucrători.

Este o prevedere nouă care vine să concretizeze numărul de reprezentați considerat optim. Așa cum s-a arătat în doctrină¹³, instanța nu are competența legală de a constata reprezentativitatea celor aleși.

Anterior, s-a avansat opinia că „alegerea reprezentanților salariaților să devină potrivit art. 221 din Codul muncii dintr-o opțiune posibilă, cum este în momentul de față, o obligație legală... în acest fel, nu ar fi siluită voința salariaților, ținând seama că obligația de a-și alege reprezentanții,

¹¹ Top D., *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2008, p. 101.

¹² Țiclea A., *Tratat de dreptul muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 196.

¹³ Ștefănescu I.T., *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 131.

dacă nu există un sindicat reprezentativ, ar fi instituită eminemant în favoarea lor. Soluția alegerii obligatorii a reprezentanților salariaților ar ține seama și de faptul că, în sistemul legislației române a muncii, în concepția actuală, este posibil ca salariații – dacă nu își aleg reprezentanți – să rămână fără nicio reprezentare în raporturile lor cu angajatorul. Or, o astfel de situație, în sistemele de drept occidentale, din cadrul Uniunii Europene, este exclusă (prin existența unei reprezentări pluriforme a salariaților, dintre care cel puțin una este obligatorie, respectiv în cadrul comitetului/consiliului de întreprindere)”¹⁴.

Se precizează în art. 58 alin. 3 că, durata mandatului reprezentanților angajaților/lucrătorilor nu poate fi mai mare de 2 ani. Legea dialogului social nu definește acest mandat și nici nu face trimitere la art. 2009 din Codul civil, potrivit căruia „mandatul este contractul prin care o parte, numită mandatar, se obligă să încheie unul sau mai multe acte juridice pe seama celeilalte părți, numită mandant”. Ar fi fost, de altfel, de prisos câtă vreme art. 278 alin. (1) din Codul muncii prevede că dispozițiile sale se întregesc, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă, cu dispozițiile legislației civile.

Art. 58 alin. 4, arată că persoanele care ocupă funcții de conducere care asigură reprezentarea administrației în raporturile cu angajații/lucrătorii sau care participă la decizia conducerii întreprinderii la nivelul unității nu pot fi aleși ca reprezentanți ai angajaților/lucrătorilor.

Este de fapt una din cazurile de incompatibilitate cu calitatea de reprezentant al salariaților/lucrătorilor. Deoarece nu se interzice expres, înseamnă că pot fi realeși aceiași salariați cărora le-a încetat mandatul. De asemenea, se poate observa că nu este limitat nici numărul mandatelor unui salariat care să fie reale.

Reprezentanții angajaților/lucrătorilor nu pot desfășura se prevede de art. 58 alin. 5, activități ce sunt recunoscute prin lege exclusiv sindicatelor.

Acest text, care exista și în vechea reglementare, a fost considerat „o preluare *ad litteram* a art. 3 lit. b) din Convenția OIM nr. 135/1971 cu privire la protecția reprezentanților lucrătorilor în întreprinderi și înlesnirile ce se acordă acestora. Este o viziune a OIM referitoare la modalitățile de reprezentare a lucrătorilor – în sensul rezervării unei poziții preeminente sindicatelor ca atare, în raport cu celelalte categorii de reprezentanți – viziune care nu se regăsește în documentele Uniunii Europene și nici în alte acte juridice internaționale... nici în legislația internă, nici în legislația internațională a muncii nu se clarifică, în niciun fel, ce se înțelege prin *activități recunoscute prin lege exclusiv sindicatelor*”¹⁵.

Inspectoratele teritoriale de muncă au obligația (art. 58 alin. 6) de a verifica îndeplinirea condițiilor prevăzute de lege pentru alegerea reprezentanților angajaților/lucrătorilor. Aceasta este o prevedere nouă care vine să sublinieze importanța reprezentanților angajaților/lucrătorilor în desfășurarea dialogului social.

Reprezentanții angajaților/lucrătorilor au potrivit art. 59, următoarele atribuții principale:

- a) să participe la elaborarea regulamentului intern;
- b) să sesizeze inspectoratul teritorial de muncă cu privire la nerespectarea dispozițiilor legale și ale contractului/acordului colectiv de muncă aplicabil;
- c) să participe la negocierea contractului/acordului colectiv de muncă, potrivit legii.

¹⁴ I.T. Ștefănescu, *Aspecte controversate din sfera dreptului muncii*, în Revista română de drept privat nr. 6/2012, p. 207-218.

¹⁵ I.T. Ștefănescu, *Considerații referitoare la rolul sindicatelor și al reprezentanților angajaților în desfășurarea raporturilor de muncă*, în Dreptul nr. 1/2016, p. 105-113.

Trebuie menționat că reprezentanții salariaților aveau, în conformitate cu art. 223 alin. 1, din Codul muncii, ca atribuții¹⁶ principale, și:

- să urmărească respectarea drepturilor salariaților, în conformitate cu legislația în vigoare, cu contractul colectiv de muncă aplicabil, cu contractele individuale de muncă și cu regulamentul intern;
- să promoveze interesele salariaților referitoare la salariu, condiții de muncă, timp de muncă și timp de odihnă, stabilitate în muncă, precum și orice alte interese profesionale, economice și sociale legate de relațiile de muncă.

Atribuțiile reprezentanților angajaților/lucrătorilor, modul de îndeplinire a acestora, precum și durata și limitele mandatului lor se consemnează în procesul-verbal al adunării generale a angajaților/lucrătorilor întocmit de grupul de inițiativă și se validează, potrivit art. 60, prin votul a cel puțin jumătate plus unu din numărul total al acestora.

Pentru reprezentanții angajaților/lucrătorilor, numărul de ore în cadrul programului normal de lucru, destinat în vederea îndeplinirii mandatului pe care l-au primit, se stabilește (art. 61) „prin contractul/acordul colectiv de muncă aplicabil sau, în lipsa acestuia, prin negociere directă cu conducerea unității, respectiv prin negociere directă cu conducerea unității”.

Deoarece ulterior publicării în Monitorul Oficial, s-a observat că ultima teză a art. 61 conține o repetare a sintagmei „prin negociere directă cu conducerea unității”, și a apărut necesitatea adoptării de măsuri imediate prin Ordonanță de urgență, de modificare a Legii nr. 367/2022 privind dialogul social, se va modifica și acest articol care va avea următorul cuprins¹⁷ „pentru reprezentanții angajaților/lucrătorilor, numărul de ore în cadrul programului normal de lucru, destinat în vederea îndeplinirii mandatului pe care l-au primit, se stabilește prin contractul/acordul colectiv de muncă aplicabil sau, în lipsa acestuia, prin negociere directă cu conducerea unității.”

În art. 62 alin. 1, se prevede că pe toată durata mandatului sunt interzise modificarea și/sau desfacerea contractelor individuale de muncă/raporturilor de serviciu ale reprezentanților angajaților/lucrătorilor pe motive ce țin de îndeplinirea mandatului primit de la angajați/lucrători, iar la alin. (2) că este interzisă orice intervenție din partea autorităților publice, a angajatorilor și a organizațiilor patronale de natură să limiteze ori să împiedice exercitarea mandatului prevăzut la art. 57 alin. (1) și a atribuțiilor stabilite potrivit art. 60.

În doctrină s-a spus că „un reprezentant al salariaților poate fi concediat totuși disciplinar, în baza art. 61 lit. a din Codul muncii și că reprezentantul salariaților poate fi concediat pentru motive care nu țin de persoana salariatului în cadrul procedurii de concediere colectivă întrucât desființarea postului pe care un astfel de salariat îl ocupă, nu ține de îndeplinirea mandatului pe care l-a primit de la salariați”¹⁸.

Și din analiza noilor dispoziții se poate constata astfel că instituția reprezentanților salariaților în România este pusă pe plan secundar¹⁹ față de sindicate, de altfel nici nu poate exista în prezența acestora.

¹⁶ Țichindelean M., *Dreptul colectiv al muncii*, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 80.

¹⁷ Proiect de Ordonanță de urgență pentru modificarea și completarea Legii nr. 367/2022 privind dialogul social și a Legii 53/2003 Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare, <https://mmuncii.ro › transparenta › proiecte> – în-dezbatere, accesat la data de 25 februarie 2023.

¹⁸ Țop D., *Tratat de dreptul muncii, op. cit.*, p. 125.

¹⁹ Țiclea A., *Reglementarea Comitetului European de întreprindere în România*, în *Revista română de dreptul muncii* nr. 2/2007, pp. 26-39.

În doctrină s-a subliniat că „la prima vedere, s-ar putea susține că legiuitorul a înțeles implicit să consacre atribuțiile sindicale ca atribuții exclusive. Cu toate acestea, numai unele dintre aceste atribuții au acest caracter. În restul ipotezelor, în esență, este illogic, ținând seama de atribuțiile generale comune, ca reprezentanții aleși ai angajaților să fie excluși de la posibilitatea exercitării respectivelor atribuții sindicale”²⁰.

Deși activitatea reprezentanților salariaților din ultimii ani a fost apreciată²¹ ca slabă, este de presupus ca ea să sporească prin participarea efectivă în procedurile de informare, consultare, respectiv soluționare a conflictelor colective de muncă.

²⁰ I.T. Ștefănescu, *Considerații referitoare la rolul sindicatelor și al reprezentanților angajaților*, art. cit. supra

²¹ Dimitriu R., *Provocări ale sindicalismului actual*, în *Soluții normative sau jurisprudențiale prin prisma specificului raporturilor juridice de muncă*, Ed. Universul juridic, București, 2016, p. 381.

Avatarurile termenelor substanțiale și procedurale în dreptul muncii

[The avatars of Substantial and Procedural Terms in Labour Law]

Judecător, Corina-Mihaela MARCU- ȘIMAN*

Abstract: Labour relationship has its entire existence decisively marked by both substantial and procedural terms. A thorough regulation of terms is the premise of a harmonious development of labor relations. Unfortunately, the present legal frame is far from being accurate and comprehensive enough, therefore divergent doctrine and jurisprudence have fertile soil to develop. The present study aims to underline certain major deficiencies in respect of terms and their consequences, hoping for legislative initiative in order to fix the reported problems.

Keywords: Labour Relationship; Individual Labour Contract Term; Extinguishing prescription; Prescription of Disciplinary Liability;

1. Termenele substanțiale

Termenele de drept substanțial sunt exprimate în zile calendaristice sau în zile lucrătoare, acestea din urmă reprezentând marca proprie a dreptului muncii și fiind rar sau chiar deloc întâlnite în alte ramuri de drept.

Data fiind juxtapunerea celor două categorii de termene de drept substanțial, legiuitorul a manifestat vreme îndelungată o grijă consecventă în a indica *in terminis* unitatea de măsură a termenului (zi calendaristică/lucrătoare), însă, în mod îngrijorător, ultimele reglementări în materie indică abandonul acestei preocupări¹. Într-o atare situație în care lipsește orice circumstanțiere cu privire la unitatea de măsură a termenului, se va avea în vedere faptul că regula o reprezintă termenele pe zile calendaristice, în timp ce termenele pe zile lucrătoare sunt excepția care va trebui totdeauna să aibă o consacrare *expressis verbis*.

Opțiunea pentru o categorie sau alta de termene nu este și nici nu trebuie să fie întâmplătoare, zilele lucrătoare fiind de pildă necesare ca reper temporal ori de câte ori se verifică aspecte ce se relevă doar în activitatea propriu-zisă (în munca propriu-zis prestată).

Din această perspectivă, nu putem să nu remarcăm în mod critic inconsecvența legiuitorului care, reglementând perioada de probă (care presupune verificarea aptitudinilor salariatului, deci muncă efectiv prestată) a utilizat în mod inexplicabil dubla măsură în reglementarea duratei maxime a perioadei de probă: ea este exprimată în zile calendaristice în cazul contractului individual de muncă pe durată nedeterminată² respectiv în zile lucrătoare în cazul contractul individual de muncă pe durată determinată³. Or, dată fiind finalitatea perioadei de probă, credem că opțiunea pentru termenul pe zile lucrătoare pentru ambele tipuri de contracte individuale de muncă este singura corectă.

* Curtea de Apel Cluj; doctorand, Facultatea de Drept București; maiacor@yahoo.com.

¹ *Exempli gratia*, la art. 40 alin. (2) se introduce lit. j) cu următorul conținut: „, să răspundă motivat, înscris, în termen de 30 de zile de la primirea solicitării salariatului, prevăzută la art. 39 alin. (1) lit. m¹.”

² Art. 31 alin. (2) C. mun..

³ Art. 85 C. mun..

Dimpotrivă însă, în mod judicios și consecvent, legiuitorul a exprimat perioadele minime de preaviz, indiferent cine are inițiativa încetării contractului de muncă, în zile lucrătoare.

În ceea ce privește calculul celor două categorii de termene, nu putem să nu observăm că, în timp ce termenelor pe zile calendaristice li se aplică dispozițiile de drept comun din legislația civilă la care face trimitere art. 278 alin. (1) teza finală C. mun., deci art. 2.553-2.554 NCC, pentru termenele pe zile lucrătoare nu există consacrată legislativ nici o modalitate de calcul. Art. 2.553-2.554 NCC sunt evident edictate fără a se avea în vedere că există termene pe zile lucrătoare, iar aplicarea sistemului de calcul exclusiv în cazul unui termen pe zile lucrătoare nu numai că nu are suport legal, dar ar conduce la o prelungire excesivă a termenului, neavută în mod cert în vedere de legiuitor⁴.

În „tăcerea” legii, singura modalitate de calcul la care se poate recurge este, în aprecierea noastră, cea de calcul zi cu zi a termenelor pe zile lucrătoare. Optim ar fi însă sistemul mixt de calcul, fără luarea în calcul a zilei în care termenul începe să curgă, însă cu luarea în calcul a zilei în care termenul se împlinește. Cum însă în absența unei prevederi legale un astfel de mod de calcul nu are suport legal, *de lege ferenda* ar trebui edictată, în cuprinsul Codului muncii, o normă specială în acest sens.

Apoi, având în vedere că alegerea uneia sau alteia dintre unitățile de măsură ale termenului influențează în mod direct durata totală a timpului afectat de termen, trebuie subliniat faptul că în cazul termenelor legale imperative de la care părțile nu pot deroga, derogarea nu vizează doar durata efectivă a termenului, ci și unitatea de măsură a termenului. De pildă, termenul minim de preaviz de 20 de zile lucrătoare reglementat de art. 75 C. mun. nu poate fi convertit convențional de părți în 20 de zile calendaristice, art. 38 C. mun. opunându-se la o astfel de transformare care echivalează cu o scurtare a termenului stipulat în favoarea salariatului⁵.

Discuții suscită însă doar termenele substanțiale pe zile. În cazul termenelor de drept substanțial pe luni, respectiv de ani, își va găsi aplicarea regimul de drept comun reprezentat de art. 2552 și art. 2554 NCC

În schimb, o problemă comună tuturor termenelor, indiferent că sunt pe zile, pe luni sau pe ani, este aceea a identificării momentului la care acestea încep să curgă. Apreciem că este de esență previzibilității legii ca acest moment să fie explicit reglementat, tocmai pentru a nu lăsa loc echivocului. *Exempli gratia*, prin Legea nr. 283/2022, art. 31 C. mun. a dobândit un nou alineat: „(2¹) Este interzisă stabilirea unei noi perioade de probă în cazul în care, în termen de 12 luni, între aceleași părți se încheie un nou contract individual de muncă pentru aceeași funcție și cu aceleași atribuții”. În mod evident nu se indică momentul la care începe să curgă termenul de 12 luni, el trebuind stabilit pe cale de interpretare.

Termenul de 12 luni nu poate să curgă de la data încheierii contractului individual de muncă anterior, deoarece o parte semnificativă din termen s-ar suprapune cu însăși perioada de probă din primul contract de muncă, fie ea de cel mult 90 de zile calendaristice pentru funcțiile de execuție, fie ea de cel mult 120 de zile calendaristice pentru funcțiile de conducere.

Termenul de 12 luni nu poate să curgă nici de la data la care se împlinește perioada de probă din contractul individual de muncă anterior, deoarece, *de lege lata*, perioada de probă nu trebuie

⁴ *Exempli gratia*, un termen de 5 zile lucrătoare care ar începe să curgă într-o zi de luni, calculat zi cu zi, s-ar împlini vineri, în timp ce calculat pe sistemul exclusiv, s-ar împlini săptămâna următoare într-o zi de marți; practic, cele 5 zile devin 9 zile, având loc aproape o dublare a termenului gândit și reglementat de legiuitor.

⁵ Un termen de 20 de zile început în prima zi a lunii într-o zi de luni s-ar împlini astfel: calculat pe zile lucrătoare, în sistemul de zi cu zi, în 27 ale lunii; calculat pe zile calendaristice, în sistemul exclusiv, în 22 ale lunii. Diferența nu este deloc de neglijat.

să fie parcursă integral, până la sfârșit, căci contractul individual de muncă poate fi denunțat oricând pe parcursul ei.

Rămâne astfel o a treia posibilitate, singura acceptabilă din perspectivă teleologică: termenul de 12 luni începe să curgă de la data încetării primului contract individual de muncă.

Date fiind implicațiile juridice ale noului alin. 2¹ al art. 31 C. mun., nu credem că momentul de la care începe să curgă termenul de 12 luni ar trebui să facă obiect al interpretării doctrinare și/sau jurisprudențiale, drept pentru care, *de lege ferenda*, se impune intervenit legislativ.

Chiar dacă mai rar, discuții suscită și momentul la care se împlinește un termen, precum și efectele legate de acest moment. Exemplul este localizat tot la nivelul art. 31 C. mun. potrivit căruia: „(3) Pe durata sau la sfârșitul perioadei de probă, contractul individual de muncă poate înceta exclusiv printr-o notificare scrisă, fără preaviz, la inițiativa oricăreia dintre părți, fără a fi necesară motivarea acesteia”. Or, în calculul firesc al unui termen, sfârșitul termenului este un moment înglobat în durata termenului, nu un moment distinct de durata termenului, cumva exterior ei, cum lasă să se înțeleagă formularea normei de la art. 31 alin. (3).

Din nou, într-o interpretare teleologică, notificarea scrisă va trebui să survină înăuntrul perioadei de probă, depășirea fie și cu o zi a acesteia făcând inadmisibilă încetarea contractului individual de muncă în modalitatea simplificată reglementată de art. 31.

Tot de previzibilitatea legii ține și problematica termenului rezonabil. Deși discuțiile legate de termenul rezonabil sunt tradițional localizate în sfera normelor și termenelor de procedură, ele nu sunt întru totul străine nici de sfera termenelor substanțiale.

Rămânând la perioada de probă la care am făcut deja referiri repetate, arătăm că, teoretic, denunțarea unilaterală poate interveni imediat după încheierea contractului individual de muncă, deoarece *de lege lata* nu este impus un prag temporal minim. Cu toate acestea, ideea de protecție socială efectivă și eficientă a salariatului se opune unei astfel de concluzii, deoarece nu se poate vorbi despre o veritabilă verificare a aptitudinilor salariatului într-un interval de timp nerezonabil de scurt. Ar rămâne la latitudinea instanței să stabilească în ce măsură o încetare intempestivă extrem de apropiată de momentul încheierii contractului individual de muncă reprezintă un potențial abuz. *De lege ferenda*, ar fi preferabilă stabilirea de către legiuitor a unui prag temporal minim astfel încât să se asigure o veritabilă protecție socială părții vulnerabile a raportului de muncă.

2. Termenele procedurale

Termenul procedural cu care practic se identifică dreptul muncii este termenul de apel de 10 zile astfel cum a fost acesta reglementat de art. 215 din Legea nr. 62/2011⁶ – fosta lege a dialogului social, în prezent abrogată prin Legea nr. 367/2022⁷ – noua lege a dialogului social.

Actualmente, urmare a abrogării *in integrum* a Legii nr. 62/2011, termenul de 10 zile nu mai este reglementat, vidul legislativ astfel creat generând consecințe profunde care afectează, înainte de toate, durata de soluționare a litigiilor de muncă. În concret, pentru procesele pendinte la momentul abrogării art. 215, va fi incident art. 27 NCPC potrivit căruia „hotărârile rămân supuse căilor de atac, motivelor și termenelor prevăzute de legea sub care a început procesul”; pentru procesele începute ulterior abrogării art. 215, va fi aplicabilă norma generală în materie de termen de apel – art. 468 NCPC și termenul de apel de 30 de zile.

Dincolo de faptul că, *de lege ferenda*, este absolut necesară intervenția legiuitorului în sensul de a institui legislativ termenul de apel de 10 zile, nu putem să nu observăm că pe tot intervalul în

⁶ Republicată în M. Of. nr. 625/31.08.2012.

⁷ Publicată în M. Of. nr. 1238/22.12.2022.

care se lasă așteptată această intervenție termenul de 10 zile va fi inaplicabil (cu distincțiile de mai sus), în dauna ideii de soluționare cu celeritate a conflictelor individuale de muncă. Intervenția ulterioară nu va putea salvagarda timpul scurs până atunci, deoarece se opune atât principiul constituțional al neretroactivității legii, cât și art. 24 NCPC conform căruia „dispozițiile legii noi de procedură se aplică numai proceselor ... începute după intrarea acesteia în vigoare”.

Un singur aspect se mai impune subliniat în materia termenelor procedurale: abrogarea *in integrum* a Legii nr. 62/2011 înseamnă, *inter alia*, și abrogarea art. 212 care consacra principiul celerității în soluționarea conflictelor individuale de muncă. Faptul că a rămas în vigoare art. 271 alin. (1) C. mun. care impune judecata în regim de urgență a acestor conflicte nu ajută, deoarece este, în termeni obiectivi, o formă fără fond – din pricina încărcăturii completurilor specializate în litigii de muncă, nici măcar soluționarea cu celeritate nu era totdeauna posibilă, cu atât mai puțin judecata în regim de urgență.

Întrucât este vorba tot despre un termen procedural, pentru rigoare vom mai aminti că, urmare a abrogării art. 212 alin. (2) din Legea nr. 62/2011 care prevedea că termenele de judecată nu pot fi mai mari de 10 zile, a rămas în vigoare art. 271 alin. (2) C. mun. potrivit căruia termene de judecată nu pot fi mai mari de 15 zile. Deși mai adaptat realității obiective, termenul de 15 zile este și el de multe ori doar un deziderat.

3. Termene de prescripție și de decădere

Sediul principal al termenelor de prescripție extinctivă din Codul Muncii este reprezentat de art. 268, potrivit căruia: „Cererile în vederea soluționării unui conflict de muncă pot fi formulate: a) în termen de 45 de zile calendaristice de la data la care cel interesat a luat cunoștință de măsura dispusă referitoare la încheierea, executarea, modificarea, suspendarea sau încetarea contractului individual de muncă, inclusiv angajamentele de plată a unor sume de bani; b) în termen de 30 de zile calendaristice de la data în care s-a comunicat decizia de sancționare disciplinară; c) în termen de 3 ani de la data nașterii dreptului la acțiune, în situația în care obiectul conflictului individual de muncă constă în plata unor drepturi salariale neacordate sau a unor despăgubiri către salariat, precum și în cazul răspunderii patrimoniale a salariaților față de angajator; d) pe toată durata existenței contractului, în cazul în care se solicită constatarea nulității unui contract individual sau colectiv de muncă ori a unor clauze ale acestuia; e) în termen de 6 luni de la data nașterii dreptului la acțiune, în cazul neexecutării contractului colectiv de muncă ori a unor clauze ale acestuia. (2) În toate situațiile, altele decât cele prevăzute la alin. (1), termenul este de 3 ani de la data nașterii dreptului”.

După ce multă vreme s-a pus, atât doctrinar, cât și jurisprudențial, problema raportului dintre dispozițiile anterior citate și cele ale art. 211 din Legea nr. 62/2011 – raport tranșat prin aplicarea principiului *specialia generalibus derogant* care atribuia prioritate de aplicare art. 211, în prezent, prin abrogarea *in integrum* a Legii nr. 62/2011, a rămas în vigoare doar art. 268 C. mun.

Prin urmare, singura dilemă care rămâne în prezent este cea a prescripțiilor care au început să curgă înainte de abrogarea vechii legi a dialogului social și care fie s-au împlinit după abrogare, fie nu sunt împlinite încă. Prin prisma art. 6 alin. (4) NCC, norma aplicabilă va fi cea de la momentul la care prescripția a început să curgă, respectiv art. 211 din Legea nr. 62/2011.

Pe marginea termenelor de la art. 268 C. mun. considerăm că se impun făcute câteva observații de ordin teoretic, dar și cu relevanță practică.

Art. 268 lit. a) C. mun. a fost modificat prin Legea nr. 269/2021⁸ și a dobândit un conținut aproape identic cu cel al fostului art. 211 lit. a) din Legea nr. 62/2011, astfel încât s-a impus finalmente termenul de 45 de zile calendaristice care începe să curgă de la data la care cel interesat a luat cunoștință de măsura dispusă.

Sintagma „măsura dispusă” se referă atât la deciziile/dispozițiile unilaterale ale angajatorului în formă scrisă *ad validitatem* sau *ad probationem*, cât și la măsurile dispuse de angajator unilateral, dar informal (de pildă, verbal).

În cazul actelor unilaterale pentru care legea prevede forma scrisă și impune comunicarea (indicând chiar o anumită procedură), termenul de 45 de zile va începe să curgă doar de la data comunicării, indiferent dacă luarea efectivă la cunoștință de către salariat s-ar fi realizat anterior. În restul situațiilor, va fi avut ca reper momentul la care salariatul a luat la cunoștință efectiv de măsura dispusă referitoare la încheierea, executarea, modificarea, suspendarea sau încetarea contractului individual de muncă – acest moment poate fi dovedit cu orice mijloc de probă. Apreciem că luarea la cunoștință trebuie să fie suficient de caracterizată, respectiv salariatul trebuie să ia la cunoștință cel puțin de elementele esențiale ale măsurii unilaterale dispuse, o informare sumară și incompletă neputând să declanșeze curgerea termenului de prescripție.

Art. 268 lit. b) C. mun. este un text care reproduce dispozițiile art. 252 alin. (5) C. mun., fără a aduce nici un element suplimentar – criticabil din punct de vedere al normelor de tehnică legislativă, el este scuzabil doar prin dorința legiuitorului de a grupa în cadrul aceluiași articol principalele termene de prescripție extinctivă din dreptul muncii.

Art. 268 lit. c) C. mun. nu face decât să reproducă regula generală de determinare a momentului de început al termenului de prescripție extinctivă⁹. O precizare se impune totuși în contextul abrogării art. 211 din Legea nr. 62/2011: data producerii pagubei nu mai este reper temporal *de lege lata*, iar determinarea momentului concret la care se naște dreptul la acțiune se va realiza prin prisma normelor generale de la art. 2523 și urm. NCC.

Tot legat de art. 268 lit. c) C. mun., se pune problema raportului dintre acesta și art. 27 alin. (2) din O.G. nr. 137/2000¹⁰. Aceasta din urmă pare *prima facie* a fi norma specială, însă prin Decizia nr. 10/2016 – RIL¹¹, instanța supremă a statuat cu caracter general obligatoriu că „37. Rolul reglementării cuprinse în art. 27 alin. (1) din O.G. nr. 137/2000 a fost acela de a asigura întotdeauna existența unei căi în justiție pentru reclamarea cazurilor de discriminare. Dacă o astfel de cale există deja la nivelul legii speciale care reglementează relațiile sociale aparținând altor ramuri ori domenii ale dreptului în contextul cărora s-a manifestat comportamentul discriminatoriu, legea specială se va aplica cu întâietate, sub toate aspectele, atât în ceea ce privește condițiile de fond și de formă cărora va fi supusă acțiunea, cât și în ceea ce privește instanța competentă”. Prin urmare, este normă specială și va primi aplicare cu prioritate art. 268 lit. c) C. mun.

Art. 268 lit. d) C. mun. se referă la perioada în care contractul de muncă este în ființă, nu la perioada în care el produce efecte. Distanța prezintă importanță pentru acțiunile în constatarea nulității absolute, respectiv în anularea contractului de muncă (în tot sau în parte) înregistrate în

⁸ Legea nr. 269/2021 pentru modificarea Legii dialogului social nr. 62/2011 și a Legii nr. 53/2003 – Codul muncii, publicată în M. Of. nr. 1076/10.11.2021.

⁹ Este o preluare fidelă a art. 7 alin. (1) din Decretul nr. 167/1958 privind prescripția extinctivă, în vigoare la momentul la care a fost edictat și a intrat în vigoare art. 268 C. mun..

¹⁰ Art. 27 alin. (2) din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată în M. Of. nr. 166/7.03.2014, prevede: „termenul pentru introducerea cererii este de trei ani și curge de la data săvârșirii faptei sau de la data la care persoana interesată putea să ia cunoștință de săvârșirea ei”.

¹¹ Publicată în M. Of. nr. 505/5.07.2016.

perioada cât contractul este suspendat, situații în care nu va putea fi invocată excepția prematurității și nici excepția lipsei de interes.

Art. 268 lit. e) C. mun. ridică problema raportului său cu lit. c) a art. 268 atunci când se tinde la realizarea unui drept care se regăsește atât în contractul colectiv de muncă, cât și în contractul individual de muncă al salariatului. Apreciem că va fi priorizat contractul individual de muncă deoarece acesta îl are efectiv ca parte pe salariatul-reclamant, în timp ce contractul colectiv de muncă produce efecte asupra salariatului *ope legis*, independent de data la care a dobândit calitatea de salariat. Prin urmare, va fi aplicabil prioritar termenul de la lit. c).

Art. 268 alin. (2) nu face decât să reitereze termenul general de prescripție și regula generală referitoare la momentul de la care acesta începe să curgă. El va fi aplicabil pentru toate celelalte situații neacoperite de dispozițiile alin. (1) sau de norme speciale din dreptul muncii.

Desigur, art. 268 nu epuizează categoria termenelor de prescripție din dreptul muncii și nici măcar pe cele din Codul muncii.

În continuare vom face o serie de considerații referitoare la termenele instituite de art. 252 alin. (1) C. mun. potrivit căruia „angajatorul dispune aplicarea sancțiunii disciplinare printr-o decizie emisă în formă scrisă, în termen de 30 de zile calendaristice de la data luării la cunoștință despre săvârșirea abaterii disciplinare, dar nu mai târziu de șase luni de la data săvârșirii faptei”.

În analiza naturii juridice a termenelor de mai sus, trebuie început prin a menționa că art. 252 alin. (1) C. mun. este o reproducere fidelă a art. 13 alin. (4) din Legea nr. 1/1970¹² privind organizarea și disciplina muncii în unitățile socialiste de stat, în vigoare până la abrogarea sa prin actualul Cod al Muncii. În cadrul examenului de constituționalitate a art. 13 alin. 4, prin Decizia CCR nr. 71/1999¹³ s-a statuat în sensul că termenele de 30 de zile și 6 luni drept termene de prescripție. Nu se arată însă ce fel de prescripție.

Apoi, prin Decizia nr. 743/2011¹⁴, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra dispozițiilor art. 252 alin. (1) C. mun., arătând că își menține integral poziția exprimată în contextul controlului exercitat asupra art. 13 alin. (4) din Legea nr. 1/1970.

Ulterior, prin Decizia nr. 816/2021¹⁵, Curtea Constituțională s-a pronunțat asupra constituționalității art. 46 alin. (7) din Legea nr. 317/2004 privind Consiliul Superior al Magistraturii¹⁶, articol care nu diferă de art. 252 alin. (1) C. mun., excepție făcând faptul că termenul de 6 luni din Codul muncii este înlocuit de un termen de 2 ani. Curtea Constituțională, făcând o paralelă între prescripția răspunderii penale și prescripția răspunderii disciplinare, *mutatis mutandis*, se referă în mod repetat la decădere și la „stingerea dreptului ... de a trage la răspundere” prin raportare la termenul calculat de la data săvârșirii faptei – „aceasta, întrucât, după trecerea unui anumit interval de timp de la momentul săvârșirii infracțiunii, aplicarea unei pedepse penale nu mai contribuie la realizarea scopului legii penale, nemaexistând necesitatea social – politică ce determina mecanismul juridic al angajării răspunderii penale. Aceleași considerente sunt aplicabile, *mutatis mutandis*, și în ceea ce privește prescripția răspunderii disciplinare”.

Tot în interpretarea dispozițiilor art. 252 alin. (1) C. mun., de data aceasta Înalta Curte de Casație și Justiție, prin Decizia nr. 16/2012 – RIL¹⁷, a statuat că art. 252 alin. (1) „institue două termene de prescripție și două momente de la care aceste termene încep să curgă”.

¹² Publicată în B. Of. nr. 27/27.03.1970.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 352/26 iulie 1999.

¹⁴ Publicată în M. Of. nr. 579/16.08.2011.

¹⁵ Publicată în M. Of. nr. 238/26 iulie 1999.

¹⁶ Republicată în M. Of. nr. 628/1 septembrie 2012.

¹⁷ Publicată în M. Of. nr. 817/5.12.2012.

Așadar, pozițiile Curții Constituționale și ale Înaltei Curți de Casație și Justiție par a fi devenit parțial divergente în momentul de față, în privința naturii juridice a termenului de 6 luni.

Doctrina și jurisprudența sunt și ele scindate: într-o opinie, termenul de 30 de zile este un termen de prescripție, în timp ce termenul de 6 luni este un termen de decădere¹⁸, iar în altă opinie ambele termene sunt termene de prescripție¹⁹.

În ceea ce privește termenul de 30 de zile, împărtășim punctul de vedere unanim în sensul că e un termen de prescripție, dar trebuie subliniat că nu este un termen de prescripție extinctivă, ci un termen de prescripție a răspunderii disciplinare. Nu ar putea fi vorba despre un termen de prescripție extinctivă deoarece în timpul procedurii reglementate de alin. (1) al art. 252 nu se poate vorbi deocamdată de un drept material la acțiune care să se stingă prin neexercitare²⁰; doar termenul tot de 30 de zile reglementat de art. 252 alin. (5) C. mun. potrivit căruia „decizia de sancționare poate fi contestată de salariat la instanțele judecătorești competente în termen de 30 de zile calendaristice de la data comunicării” este un termen de prescripție extinctivă.

Atunci când se face referire la faptul că termenul de prescripție de la alin. (1) al art. 252 poate fi suspendat sau întrerupt, cauzele de suspendare și întrerupere nu vor fi cele reglementate de art. 2532 – 2539 NCC – care de altfel sunt și incompatibile în litera și spiritul lor.

Se ridică astfel problema identificării cauzelor de suspendare și întrerupere ale termenului de 30 de zile de la art. 252 alin. (1) C. mun..

În opinia noastră, cauzele de suspendare ale contractului individual de muncă vor constitui și cauze de suspendare a termenului de 30 de zile de la alin. (1) al art. 252, după cum de altfel judicios s-a subliniat doctrinar²¹.

Rămâne nesoluționată însă nici măcar doctrinar problema identificării cauzelor de întrerupere a termenului de prescripție a răspunderii disciplinare.

Analogia dintre prescripția răspunderii disciplinare și prescripția răspunderii penale, inițiată de însăși Curtea Constituțională, nu este în prezent susținută de nici o prevedere legală; dimpotrivă, este prohibită implicit de dispozițiile art. 278 alin. (1) C. mun. potrivit căruia „pozițiile prezentului cod se întregesc cu celelalte dispoziții cuprinse în legislația muncii și, în măsura în care nu sunt incompatibile cu specificul raporturilor de muncă prevăzute de prezentul cod, cu *dispozițiile legislației civile*”.

De lege ferenda, prescripția răspunderii disciplinare trebuie să primească o reglementare proprie sub toate aspectele ei, importanța sa fiind prea mare pentru a tranșa problemele prin analogii.

În ceea ce privește termenul de 6 luni, în opinia noastră este preferabilă calificarea sa ca termen de decădere. Aici va fi însă necesară intervenția legiuitorului, mai ales după pronunțarea Deciziei ÎCCJ nr. 16/2012 – RIL. Cum însă calificarea termenului de 6 luni ca termen de decădere

¹⁸ În acest sens a se vedea Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *Codul muncii. Comentariu pe articole*, Ed. C.H. Beck, București, 2007 vol. II, p. 385; D. Țop, *Tratat de dreptul muncii. Doctrină și jurisprudență*, ed. a IV-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2022, p. 385.

¹⁹ În acest sens a se vedea I. T. Ștefănescu, *Tratat teoretic și practic de drept al muncii*, ed. a IV-a, Ed. Universul Juridic, București, 2017, p. 855; A. Țiclea, *Tratat de dreptul muncii*, ed. a X-a, actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 892; A. Țiclea, A. Dușu, *Jurisdicția raporturilor de muncă. Legislație, doctrină și jurisprudență*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 500; M. C. Preduț, *Codul Muncii comentat. Noua organizare a muncii*, ed. a III-a completată și revizuită, Ed. Universul Juridic, 2022, București, p. 604; S. Panainte, *Dreptul individual al muncii. Curs universitar*, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 319.

²⁰ În acest sens, a se vedea D. N. Teohari, *Decăderea în reglementarea noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2018, p. 104.

²¹ Al. Athanasiu, M. Volonciu, L. Dima, O. Cazan, *op. cit.*, vol. II, p. 385; M. Gheorghe, *Dreptul individual al muncii*, ed. Universul juridic, București, 2015, p. 413.

atrage inevitabil aplicarea regulii de drept comun de la art. 2548 alin. (1) NCC potrivit căreia termenul de decădere nu este susceptibil de suspendare sau întrerupere, dacă prin lege nu se dispune altfel. Singura problemă legată de incidența acestei reguli este cea a efectului pe care suspendarea contractului individual de muncă îl are asupra unui astfel de termen în condițiile în care jurisprudența confirmă un număr îngrijorător de mare de situații în care salariatul abuzează de concedii pentru incapacitate temporară de muncă (concedii medicale) pentru a obstrucționa prerogativa disciplinară a angajatorului – o succesiune de astfel de concedii poate ajunge să absoarbă faptic cea mai mare parte a termenului de 6 luni și să pună angajatorul în imposibilitatea obiectivă de a aplica sancțiunea disciplinară.

Astfel fiind, apreciem, *de lege ferenda*, că, pe lângă o calificare legală expresă a termenului de 6 luni ca termen de decădere, ar trebui să se prevadă de asemenea expres suspendarea acestui termen pe perioadele în care însuși contractul individual de muncă este suspendat.

În ceea ce privește modul de calcul al termenelor de 30 de zile, respectiv de 6 luni, s-a exprimat doctrinar opinia conform căreia acestea se calculează conform art. 181 NCPC.

Chiar dacă dispozițiile art. 252 alin. (1) au un caracter procedural *lato sensu*, aceasta nu atrage *per se* aplicarea Codului de procedură civilă deoarece potrivit art. 1 alin. (1) NCPC, codul „stabilește regulile de competență și de judecare a cauzelor civile, precum și cele de executare a hotărârilor instanțelor și a altor titluri executorii, în scopul îndeplinirii justiției în materie civilă”. Altfel spus, normele de procedură civilă se aplică procedurii din fața organelor judiciare, precum și eventual în cazul în care pentru procedura din fața altor entități există o prevedere expresă în acest sens – or, nu este cazul art. 252 alin. (1) C. mun..

Oricum, aplicarea extensivă a art. 181 N.C.P.C. ar fi lipsită de orice utilitate practică deoarece art. 2552 – 2554 NCC, la care trimite art. 278 alin. (1) C. mun., consacră în materia termenelor substanțiale aceleași reguli de calcul ca și cele din materia termenelor procedurale.

Nerespectarea oricăruia dintre cele două termene de la art. 252 alin. (1) atrage nulitatea deciziei de sancționare disciplinară ca urmare a faptului că sancționarea este dispusă în afara termenului de prescripție a răspunderii. Într-o atare situație, instanța nu va mai analiza celelalte condiții de legalitate ale deciziei și, cu atât mai puțin, temeinicia ei.

Se pune întrebarea dacă instanța va putea să invoce din oficiu nerespectarea unuia sau a altuia dintre termenele analizate. Această întrebare este cu atât mai legitimă cu cât în concepția de dată recentă a legiuitorului se tinde la atribuirea unui caracter relativ aspectelor ce țin de prescripție (e adevărat, aici e vorba de prescripția extinctivă). Întrebarea este cu atât mai legitimă cu cât nerespectarea termenelor analizate este cauză de nulitate a deciziei de sancționare, alături de celelalte cauze de nulitate de la art. 252 alin. 2, iar acestea din urmă nu vor putea fi invocate din oficiu de instanță, deoarece ar însemna o rupere a echilibrului părților și o părăsire a poziției imparțiale a instanței de judecată.

În actuala reglementare, apreciem că instanța nu va putea invoca din oficiu depășirea nici unuia dintre termenele analizate. O reglementare expresă a acestui aspect ar fi binevenită, cu atât mai mult cu cât nu este vorba despre termene de prescripție extinctivă pentru a putea apela la reglementarea de drept comun din Codul civil, ci este vorba despre termene de prescripție a răspunderii disciplinare.

În final, mai arătăm doar că pledăm pentru calificarea juridică a fiecărui termen din Codul muncii. Numărul lor nu este foarte mare, astfel încât nu este un demers imposibil, în schimb ar fi evitate divergențele doctrinare și jurisprudențiale și ar asigura de o manieră efectivă și eficientă previzibilitatea legislației muncii.

4. În loc de concluzie.

O societate în tranziție cunoaște întotdeauna mutații legislative, însă fără îndoială că cea mai mare provocare căreia trebuie să îi facă față este coerența legislativă. Reglementările legale insuficient de precise, vidurile de reglementare, „rătăcirea” unor articole referitoare la conflictele individuale de muncă²² într-o lege destinată a fi sediul materiei pentru dialogul social și conflictele colective de muncă, precum și abrogările realizate *in integrum*, intempestiv și necorelat cu restul cadrului legislativ din dreptul muncii – toate analizate *infra* – sunt din păcate dovezi ale consecințelor negative pe care le are insuficienta capacitate de a răspunde unei astfel de provocări.

²² Art. 208 – 216 din Legea nr. 62/2011.

Considerații cu privire la contractele electronice și consensualismul digital

[Considerations Regarding Electronic Contracts and Digital Consensualism]

Elena SÂRGHI*

Abstract: *This article focuses on the analysis of the concepts of electronic contract and consensualism offered by digital methods, presenting the existing normative framework at national, European and international level, which establishes this method of contracting, in order to provide an overview of the implementation these contracts from the legislator's perspective. Afterwards, are presented the main distinctions between classic and electronic contracts, with reference to doctrinal aspects, and will be examined the manner in which electronic contracts are formed, with its particularities. Next, we will make a transition from the abstract plan, of the legislator and the doctrine, to the concrete one, of the judicial practice of the Court of Justice of the European Union, in order to observe the way in which European law is interpreted in the matter of electronic contracts, following that, at the end of the paper, attention should be directed to the manner in which these atypical legal acts are mirrored in the plan of comparative law, taking as a benchmark states from the European, American, Asian and African continents, to illustrate the configuration adopted by this paradigm by expanding it all over the globe and highlighting the level at which Romania is in terms of the digitalization of contracts.*

Keywords: *Electronic Contracts; Digital Consensualism; Digitization of Contracts; Electronic Signature;*

Introducere

Dezvoltarea societății, concretizată prin evoluția tehnologiei într-un ritm accelerat, și necesitatea contractării într-un mod cât mai simplificat și rapid au constituit premisele digitalizării ramurii dreptului privat, în special a modalității în care se contracta, afirmație susținută de inovația oferită de Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică¹, prin care s-a extins sfera înscrisurilor care produceau efecte juridice de la simplul format papetar la înscrisurile însoțite de o semnătură electronică extinsă.

Minusurile acestei reglementări nu au încetat să își facă apariția în practică, în contextul în care legea se limita la a prevedea că sunt recunoscute aceste semnături, fără a crea un sistem concret în care aplicabilitatea acestor prevederi să prindă un anumit contur, așadar a existat o oarecare ezitare în a utiliza aceste semnături.

Un an mai târziu, a fost adoptată Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic², care a revoluționat raporturile juridice private, aducând o inedită reformă a condițiilor în care se contracta anterior³, aceasta fiind o consecință a supremației dreptului european, care a impus statelor membre să asigure, într-o manieră corespunzătoare, cadrul juridic în care să fie derulate aceste raporturi contractuale în format electronic.

Deși acest ultim act normativ a trecut prin mai multe modificări, nicio variantă a sa nu a oferit o definiție contractului electronic, ceea ce era de natură a produce o incertitudine cu privire la

* Studentă, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” Iași; sarghielena7@gmail.com

¹ Legea nr. 455 din 18.07.2001 privind semnătura electronică, M. Of. nr. 429 din 31.07.2001.

² Legea nr. 365 din 07.06.2002 privind comerțul electronic, M. Of. nr. 483 din 05.07.2002.

³ Popa I., *Contracte civile. De la teorie la practică*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 271.

conceptul nou introdus. Literatura de specialitate a încercat să suplinească acest vid legislativ prin încadrarea contractelor electronice în vasta categorie a contractelor încheiate între absenți⁴.

De asemenea, s-a exprimat opinia potrivit căreia nu trebuie să existe vreun raport de sinonimie între contract încheiat prin mijloace electronice, concept foarte cuprinzător, după cum este menționat în articolul mai sus precizat, contract în formă electronică, prin care se înțelege contractul încheiat prin mijloace electronice de prelucrare a informației și poate fi și probat prin astfel de mijloace, așadar este incidentă o relație de gen-specie, iar în acele din urmă, sintagma de contract electronic, care nu reprezintă o nou tip de contract, ci este modul în care se formează orice tip de contract, fie el civil, administrativ, comercial etc.⁵.

Continuând raționamentul, doctrina aduce argumentul că legiuitorul nu a creat un nou tip de contract, ci doar a prevăzut un nou de tip de contractare⁶, premisă confirmată de art. 1.245 C. civ., care prevede regimul acestor contracte ca fiind cel guvernat de condițiile de formă prevăzute de legea specială, așadar nu și de condițiile de fond, aspect consolidat de art. 7 din Lege, care stipulează că se produc toate efectele pe care legea le recunoaște contractelor, atunci când sunt întrunite condițiile cerute de lege pentru validitatea acestora.

Pe cale de consecință, după cum s-a exprimat deja în doctrină, cu excepția formei și a consimțământului, toate prevederile Codului civil din materia contractelor își găsesc aplicabilitatea în cazul contractelor electronice⁷. În acest fel, înțelegem să tratăm în continuare particularitățile acestui concept de contract electronic, sub forma unei treceri din planul normativ, reprezentat de reglementările interne, europene și internaționale care îl instituie, la cel doctrinar și jurisprudențial, care materializează distincțiile dintre contractele clasice și cele electronice, modul în care se formează și tipurile de contracte electronice, concluzionând lucrarea cu planul propunerilor de *lege ferenda*, fundamentate pe câteva repere de drept comparat.

I. Cadru normativ

La nivel național, reglementarea contractelor electronice este consolidată de Legea nr. 365/2002 privind comerțul electronic, însoțită de Norma metodologică din 2002 pentru aplicarea legii⁸. Potrivit art. 7 din Lege, regimul juridic al contractelor clasice este aplicabil și contractelor încheiate prin mijloace electronice, însă consimțământul este necesar doar cu privire la încheierea contractului, iar nu și cu privire la utilizarea mijloacelor electronice. O obligația fundamentală a părții reprezentată de furnizorul de servicii este aceea de informare a destinatarului, îndatorire care există chiar înainte de a fi încheiat contractul, în etapa precontractuală, a ofertei, iar această obligație de informare se extinde cu privire la elemente precum etapele tehnice parcurse în vederea încheierii, stocarea sau nu a contractului, posibilitatea de accesare ulterioară de către destinatar, codurile de conduită la care furnizorul aderă.

În privința probei, se face trimitere la un alt instrument juridic foarte relevant în materia încheierii contractelor electronice, anume Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, care realizează o distincție între trei tipuri de semnături, anume semnătură electronică simplă, semnătură electronică extinsă și cea electronică extinsă bazată pe un certificat calificat și generată prin intermediul unui dispozitiv securizat de creare a semnăturii. În privința celui de-al doilea tip de semnătură, este prevăzut expres că înscrisul care îl conține produce efectele unui înscris

⁴ Ungureanu C.T., *Contractul electronic*, în revista Dreptul nr. 9/2015, p. 159.

⁵ Bleoancă A., *Contractul în formă electronică*, Ed. Hamangiu, București, 2010, pp. 15-23

⁶ *Idem*.

⁷ Popa I., *op. cit.*, p. 271.

⁸ Norme metodologice din 2002 pentru aplicarea Legii nr. 365/2002 privind comerțul electronic, 20.11.2002, M. Of. nr. 877 din 15.12.2002.

autentic, în măsura în care este recunoscut de partea căreia i se opune⁹. Problematika acestor semnături electronice este dată de securitatea acestora, ceea ce a determinat recurgerea la criptografie, care reprezintă scrierea secretă cu ajutorul unui cod de semne convenționale¹⁰, deziderat îndeplinit de cea de-a treia formă de semnătură electronică.

Alte acte normative relevante din dreptul intern sunt O.G. nr. 85/2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind serviciile financiare¹¹ și O.U.G. nr. 111/2011 privind comunicațiile electronice¹².

La nivel european, regăsim Directiva privind comerțul electronic¹³, care instituie obligația în sarcina statelor de a elimina impedimentele care ar putea exista în calea contractării prin mijloacele electronice, rămânând, însă, o marjă de apreciere pentru state cu privire la limitarea acestor modalități de încheiere a contractului care implică autoritățile publice, aspecte de dreptul familiei și de drept succesoral, circumstanțe care vizează regimul juridic al bunurilor imobile, cu excepția locațiunii. Această prevedere este explicată de literatura de specialitate prin rapiditatea cu care se desfășoară raporturile din domeniul privat în raport cu cea din domeniul public, unde se aspiră la mai multă stabilitate și certitudine, iar schimbările necesită un timp mai îndelungat¹⁴.

Respectivele prevederi sunt completate cu cele ale Directivei privind clauzele abuzive în contractele cu consumatorii¹⁵, care instituie obligații pentru comerciantul care încheie contracte la distanță cu consumatorii, precum cea prevăzută la art. 8 (7), de a confirma încheierea contractului pe un suport durabil, într-un termen rezonabil, obligație care are beneficiul de a concretiza o nuanță de stabilitate și certitudine în favoarea părții aflate în defavoare, prin posibilitatea de a proba încheierea contractului într-un mod mai facil, în situația în care nu ar avea cunoștințe de specialitate necesare operării pe platforme online.

Nu în ultimul rând, menționăm și Directiva de instituire a Codului european al comunicațiilor electronice¹⁶, care impune obligația în sarcina comercianților de a pune la dispoziția consumatorilor o fișă de sinteză a contractului, în mod gratuit, care să ofere anumite garanții privind claritatea, accesibilitatea și previzibilitatea, așadar înțelegerea respectivelor termeni nu trebuie să necesite cunoștințe de specialitate.

Cadrul normativ internațional este cel mai cuprinzător în materie de contracte electronice, ceea ce este îmbucurător din perspectiva art. 11 din Constituția României, care prevede obligația statului român să îndeplinească obligațiile căreia îi revin în baza tratatelor și convențiilor internaționale¹⁷. În acest sens, instrumentele juridice care se bucură de cel mai mare răsunet în plan internațional, în materie de contracte electronice, sunt Convenția de la Viena din 1980 privind

⁹ Ungureanu C.T., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, Ed. Hamangiu, București, 2012, p. 260.

¹⁰ Bochurberg L., *Internet et commerce électronique*, Ed. Delmas, Paris, 2001, p. 154, *apud* Dogaru I., Olteanu E.G., Săuleanu L.B., *Bazele dreptului civil*, vol. IV. Contracte speciale, Ed. C.H. Beck, București, 2009.

¹¹ O.G. nr. 85 din 19.08.2004 privind protecția consumatorilor la încheierea și executarea contractelor la distanță privind serviciile financiare, M. Of. nr. 365 din 13.05.2008.

¹² O.U.G. nr. 111 din 14.12.2011 privind comunicațiile electronice, M. Of. nr. 925 din 27.12.2011.

¹³ Directiva 2000/31/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 8 iunie 2000 privind anumite aspecte juridice ale serviciilor societății informaționale, în special ale comerțului electronic, pe piața internă, Jurnalul Oficial nr. 178, 17.07.2000.

¹⁴ Gillette C.P., *Reputation and Intermediaries in Electronic Commerce*, în *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2002), p. 1169.

¹⁵ Directiva 93/13/CEE privind clauzele abuzive în contractele cu consumatorii, modificată prin Directiva 2011/83/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 octombrie 2011, J.O. 304/64.

¹⁶ Directiva 2018/172 a Parlamentului European și a Consiliului din 11 decembrie 2018 de instituire a Codului european al comunicațiilor electronice, J.O. 321, 17.12.2018.

¹⁷ Ionescu C., Dumitrescu C.A., *Constituția României. Comentarii și explicații*, Ed. C.H. Beck, București, 2017, 282.

contractele de vânzare internațională de mărfuri (CISG)¹⁸, Convenția din 2005 privind comunicațiile electronice în contractarea internațională și Principiile UNIDROIT din 2010¹⁹. Aceste convenții internaționale oferă reguli generale cu privire la încheierea contractelor la distanță, la nivel mondial, având rolul de a oferi un cadru uniform încheierii contractelor prin mijloace electronice, existând astfel o tendință de a echilibra armonizarea cu uniformizarea, prima oferind posibilitatea statelor de a ajunge la scopul stabilit prin mijloace alese de acestea, pe când cea de-a doua tendință presupune obligativitatea atât cu privire la scop, cât și la mijloace, aceasta din urmă fiind mai des întâlnită în plan european, în cadrul organizației de tip aderare reprezentată de Uniunea Europeană, iar nu și în plan internațional, unde statele au, în principiu, o libertate mai mare cu privire la realizarea rezultatului impus, existând paradigma *soft law*²⁰.

II. Distincții dintre contractele clasice și cele electronice

În această secțiune, vom prezenta principalele deosebiri dintre contractele clasice și cele electronice, în scopul formării unei perspective cât mai largi cu privire la aceste modalități de a crea o lege *inter partes*, prin surprinderea unor puncte forte sau vulnerabile ale celor două tipuri de contracte.

În acest sens, observăm că din perspectiva părților actului, deosebiri nu sunt²¹, fiind aplicabile regulile prescrise de Codul civil cu privire la capacitatea, cu rezerva existenței posibilității ca incapabilul să bifeze prin click căsuța prin care confirmă că are vârsta necesară pentru încheierea unui contract, realitate foarte des întâlnită în cazul vânzărilor electronice de pe site-uri create special în acest scop sau al creării unui pagini pe o rețea de socializare, fără a se proba însă, în mod concret, acest aspect, ci doar există o prezumție relativă de bună-credință, care ia naștere prin confirmarea citirii și acceptării termenilor și condițiilor, fără a se remarca faptul că, în realitate aceste prevederi, din cauza volumului și al terminologiei folosite, nu sunt citite de majoritatea utilizatorilor.

O deosebire privind părțile contractului rezidă în condiția consimțământului, întrucât potrivit art. 7 (2), validitatea contractelor încheiate prin mijloace electronice nu necesită consimțământul prealabil al părților asupra utilizării mijloacelor electronice, în timp ce, potrivit art. 1.204-1.224 C. civ., consimțământul trebuie să existe, să fie dat de o persoană cu discernământ, să fie serios, dat cu intenția de a produce efecte juridice, nu sub condiție suspensivă pur potestativă din parte debitorului și neviciat²², așadar observăm un regim juridic mult mai exigent, ceea ce influențează posibilitatea mai ridicată de a ataca un astfel de contract clasic în instanță pentru nerespectarea condițiilor care guvernează consimțământul la încheierea contractului.

Bineînțeles că, în contextul modului în care sunt încheiate astfel de contracte electronice, ar fi extrem de dificil să fie verificată de fiecare dată întrunirea acestor condiții cumulativ prevăzute, iar, mai mult decât atât, ar îngreuna circuitul civil, care, prin natura sa, ar trebui să excludă blocaje nejustificate, tocmai de aceea, în privința contractelor încheiate în domeniul comercial, oferta este destinată unui număr nedeterminat de persoane, iar prin simpla acceptare, contractul de încheie.

¹⁸ Convenția de la Viena din 11.04.1980 privind contractele de vânzare internațională de mărfuri, M. Of. nr. 54 din 19.03.1991.

¹⁹ Chilea D., *Reglementarea comunitară a comerțului electronic*, în *Curentul Juridic*, nr. 1-2/2004, p. 81.

²⁰ Craig P., Burca G., *Dreptul Uniunii Europene. Comentarii, jurisprudență, doctrină*, ed. IV, Ed. Hamangiu, București, 2017, 117.

²¹ Gărăiman D., *De la contractul clasic la cel electronic*, în *Codul civil român între tradiție și reformă la 140 de ani de aplicare*, Revista de Științe Juridice, 2006, p. 142.

²² Baias F.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I., *Noul Cod Civil. Comentariu pe articole*, ed. II, Ed. C.H. Beck, 2014, p. 1339.

În corelație cu acest aspect, s-a exprimat în literatura de specialitate perspectiva că majoritatea contractelor electronice sunt de adeziune²³, întrucât factorul decizional se află furnizorul de servicii, care trasează condițiile în care se va încheia contractul, atât timp cât sunt în conformitate cu legislația din materia protecției consumatorului²⁴.

De asemenea, o distincție esențială este dată de forma în care se încheie, anume *inter absentes*²⁵, ceea ce denotă avantaje, precum rapiditatea în care se încheie, eliminarea barierelor în ceea ce privește condițiile de formă, dezvoltarea cadrului concurențial, excluderea exigențelor spațiale, conform cărora părțile trebuie să fie prezente în momentul încheierii, personal sau prin mandatar²⁶, dar și dezavantaje, precum necunoașterea partenerului contractual în momentul contractării²⁷, incertitudini cu privire la legea aplicabilă, dependența de serviciile oferite de internet, lipsa unei negocieri veritabile în etapa precontractuală, care este sub imperiul unei publicități online care provine de la furnizor și imposibilitatea de a identifica intenția reală de a contracta și a seriozității din partea celeilalte părți.

Aceste incertitudini privitoare la legea aplicabilă au fost îndepărtate prin reglementările europene, în special Regulamentul nr. 593/2008²⁸, care prevede principiul libertății de alegere, potrivit căruia părțile au dreptul de a alege legea care să guverneze raporturile lor contractuale, sub rezerva respectării reglementărilor care oferă o protecție sporită consumatorilor.

Nu în ultimul rând, în privința probațiunii, contractele electronice sunt supuse regulilor prevăzute de Legea nr. 455/2001 privind semnătura electronică, iar aceste norme vor fi completate cu cele din Codul de procedură civilă, în special art. 266 și 267²⁹.

III. Formarea contractelor electronice

Fiind aplicabil dreptul comun în ceea ce privește formarea în mod valabil a contractelor, etapele contractării în mod electronic nu sunt în mod semnificativ diferite de cele ale unui contract clasic, anume existența unei oferte, întâlnirea ofertei cu acceptarea și încheierea contractului, cu mențiunea că oferta se realizează pe canale de internet sau televiziune³⁰, ambele fiind comunicări publice, destinate unui număr nedeterminat de persoane, cu condiția de a îndeplini condițiile cerute în mod general ofertei, anume de a fi fermă, precisă și clară, alături de celelalte premise ale unei bune derulări a respectivei contractări, anume datele de identificare ale ofertantului, modalitatea în care se consideră că respectivul contract este încheiat etc.³¹. O problemă care s-a ridicat în practică a fost aceea a duratei de valabilitate a ofertei, situație în care *cyberclientul* să accepte oferta. Literatura de specialitate a apreciat că există o multitudine de criterii după care se poate determina durata, iar pentru a exista certitudine cu privire la această ofertă, există două condiții

²³ Adam I., *Tratat de drept civil. Obligațiile*. vol. I. Contractul, Ed. C.H. Beck, București, 2017, p. 91.

²⁴ Legea nr. 193 din 06.11.2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori, M. Of. nr. 543 din 03.08.2012.

²⁵ Tudorache M., *Contractul încheiat prin mijloace electronice în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2013, p. 80.

²⁶ Rădoi D., *Comerțul electronic – vector al noii tehnologii*, Ed. Academiei Române, București, 2007, p. 28.

²⁷ Patriciu V.V., Vasiliu I., Patriciu Ș.G., *Internetul și dreptul*, Ed. All Beck, București, 1999, p. 127.

²⁸ Regulamentul (CE) NR. 593/2008 al Parlamentului European și al Consiliului din 17 iunie 2008 privind legea aplicabilă obligațiilor contractuale (Roma I), JO L 177/6.

²⁹ Mihăilă Ș., Bocșa M., *Reguli uniforme privind comerțul electronic (III)*, în Revista de Drept Comercial nr. 2/2010, p. 31.

³⁰ Gisler M., Katarina Slabeva S., Greunz M., *Legal aspects of electronic contracts, Infrastructures for Dynamic Business-to-Business Service Outsourcing*, Stockholm, 2000, p. 4.

³¹ Epstein D.G., Markell B.A., Ponoroff L., *Making and doing deals: contracts in context*, Ed. LexisNexis, San Francisco, 2002, p. 44.

cumulative care trebuie să fie îndeplinite, anume aceasta să fie inserată pe un server și să fie desinată publicului. Pe cale de consecință, dacă aceasta nu se mai află pe respectiva platformă sau accesul la ofertă este restricționat, oferta nu mai este valabilă³².

Acceptarea poate lua diverse forme, anume apăsarea unui buton, ceea ce se întâmplă cel mai des în practică, prin cumpărăturile online, completarea unui formular, poșta electronică. În orice caz, acceptarea trebuie realizată în condițiile stabilite de ofertant, încă un argument în plus în susținerea ideii că există un dezechilibru contractual³³.

Cu privire la acceptarea prin e-mail, a existat o controversă referitoare la calificarea sa ca fiind o formă de comunicare instantanee, întrucât simpla expediere ar echivala cu încheierea contractului, or, realitatea ne dovedește destul de frecvent că pot interveni factori dependenți sau independenți de părți, precum probleme tehnice, intrarea mesajului în spam etc.³⁴.

În această perioadă precontractuală poate fi atrasă răspunderea delictuală în condițiile dreptului comun pentru cheltuielile rezonabile antrenate³⁵, deși nimeni nu contestă rapiditatea cu care se realizează aceste acorduri, în așa manieră încât intervalul de timp între ofertă și încheierea contractului ar putea fi și de câteva ore. De asemenea, această formă de răspundere incidentă în *statu nascendi* a contractului, a fost denumită și *culpa in contrahendo*, care denotă existența unor raporturi speciale între părți, care nu pot fi lipsite de protecție juridică³⁶.

Momentul încheierii contractului diferă în funcție de regulile stabilite de părți, iar în cazul în care acestea nu au stabilit, sunt aplicabile dispozițiile supletive care consideră că încheierea a avut loc în momentul informării, cel în care ofertantul a luat la cunoștință în mod efectiv de acceptare³⁷, moment care propune o *probatio diabolica*, întrucât cealaltă parte trebuia să aducă probe din care să rezulte fără îndoială că ofertantul a cunoscut acceptarea ofertei, întrucât din acel moment începeau efectele obligatorii, pe cale de consecință și răspunderea contractuală³⁸. Acest aspect al probațiunii a fost ameliorat prin prezumția relativă că la momentul primirii corespondenței, ofertantul a luat la cunoștință, iar data certă care însoțește fiecare e-mail sau un alt mijloc electronic de transmitere a informațiilor oferea un alt mod de probare³⁹. De asemenea, s-a formulat opinia că actul juridic ar începe să-și producă efectele în momentul în care declarația de voință electronică ajunge în căsuța poștală într-o manieră consultabilă, care poate varia în funcție de multitudinea de activități comerciale pe care le desfășoară comerciantul⁴⁰.

IV. Jurisprudență

În această secțiune, vom prezenta câteva repere jurisprudențiale, prin trimiteri succinte către practica judiciară a Curții de Justiție a Uniunii Europene, cu obiectivul de a contura modul în care sunt încheiate, interpretate și executate obligațiile din aceste contracte.

³² Bizeul B., *Le télé-achat et le droit des contrats*, în CNRS Droit, Paris, 1998, p. 97.

³³ Katz A., *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*, în *Michigan Law Review* 215, 1990, pp. 216-223.

³⁴ Ilobinso I., *Formation of Electronic Contracts: Melding the Traditional Contract Law with Contemporary Electronic Commerce*, în *The Commercial and Industrial Law Review*, vol. 2, 2016, p. 63.

³⁵ Katz A., *Is Electronic Contracting Different? Contract Law in the Information Age*, Ed. Hans-Bernd Schäfer and Claus Ott. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 26.

³⁶ Zimmermann R., Whittaker S., *Good faith in European Contract Law*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 172.

³⁷ Pop L., Popa I.F., Vidu S.I., *Curs de drept civil. Obligațiile*, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 81.

³⁸ Urs I.R., Ispas P.E., *Drept civil. Teoria obligațiilor*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 62.

³⁹ Popa I., *Contracte civile. De la teorie la practică*, ed. a II-a, Ed. Universul Juridic, București, 2020, p. 271.

⁴⁰ Arnold R., *Droit d'Internet: un nouveau Droit entre le Droit communautaire et le Droit national*, accesat la data de 05.02.2023: <http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/dossier4/Rainer-Arnold.doc>.

În această ordine de idei, jurisprudența Curții de la Luxemburg este bogată în ceea ce privește contractele încheiate prin mijloace electronice, existând o paletă diversă de întrebări preliminare trimise de către instanțele interne pentru interpretarea dreptului Uniunii, în special Directiva privind comerțul electronic. Spre exemplu, într-o cauză, Curtea a statuat că practica realizată de către comerciant de a informa partenerul contractual cu privire la elementele obligatorii prezentate în secțiunea destinată cadrului normativ, printr-un hyperlink este contrară art. 5, întrucât această obligație de informare nu presupune o conduită activă din partea consumatorului, iar hyperlink-ul nu poate fi considerat un suport durabil⁴¹.

Tot cu referire la obligația de informare, Curtea a stabilit că nu trebuie să fie extinsă și la numărul de telefon al furnizorului, însă acesta din urmă trebuie să ofere un alt canal de comunicare, care să prezinte aceleași garanții privind eficiența, eficacitatea, rapiditatea și integritatea mesajului, precum o adresă a poștei electronice⁴².

Într-o altă cauză, un medic stomatolog din Belgia care și-a făcut serviciile publice prin afișarea pe un panou publicitar și care avea un site pe care puteau fi realizate programările, a fost urmărit penal, întrucât, potrivit dreptului belgian, este interzisă o astfel de publicitate, întrucât aduce atingere intimității. Curtea a considerat că Directiva 2000/31/CE⁴³ trebuie interpretată în sensul că se opune unei legislații naționale belgiene, întrucât libera prestare a serviciilor este în mod vădit afectată fără vreun motiv justificat⁴³.

De asemenea, deși statul beneficiază de o marjă de apreciere cu privire la domeniul sănătății publice, Curtea a considerat că această libertate nu poate îndritui statul să instituie restricții privind comercializarea online a lentilelor de vedere, întrucât acestea intră în domeniul de aplicare al Directivei privind comerțul electronic, în măsura în care privesc oferta online și încheierea contractului prin mijloace electronice⁴⁴. O hotărâre asemănătoare a fost existat cu privire la comercializarea medicamentelor pe internet, în care Curtea a stabilit că respectiva reglementare din Germania afectează mai mult vânzarea de medicamente eliberate pe bază de prescripție medicală de către farmacii stabilite în alte state membre decât vânzarea acestor medicamente de către farmacii stabilite pe teritoriul național, existând o măsură cu efect echivalent unei restricții cantitative la import⁴⁵.

De asemenea, contractele electronice prin care sunt cumpărate cărți electronice intră sub sfera Directivei 2006/112/CE privind taxa pe valoare adăugată, obiectul contractului fiind reprezentat de o prestare de servicii, iar nu o livrare, întrucât cărțile electronice nu pot fi considerate bunuri corporale. Pe cale de consecință, statele și-a încălcat obligația prin stabilirea unei cote de impozitare reduse pentru această activitate⁴⁶.

V. Drept comparat

În prezenta secțiune, vom realiza câteva aplicații de drept comparat, luând ca reper următoarele continente: american, european (Marea Britanie), asiatic și african, pentru a oferi o imagine de ansamblu cât mai mare modului în care se materializează contractul electronic.

În acest sens, începem cu legislația Statelor Unite ale Americii, din care face parte Legea „Can-Spam-Act”, adoptată în 2003, care instituie un mecanism de *opt-out* de blocare a multitudinii

⁴¹ CJUE, Hotărârea din 05.07.2012, Content Services (C-49/11, EU:C:2012:419).

⁴² CJUE, Hotărârea din 16.10.2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen (C-298/07, EU:C:2008:572).

⁴³ CJUE, Hotărârea din 04.05.2017, Luc Vanderborght (C-339/15, EU:C:2017:335).

⁴⁴ CJUE, Hotărârea din 02.12.2010, Ker-Optika (C-108/09, EU:C:2010:725).

⁴⁵ CJUE, Hotărârea din 19.10.2016, Deutsche Parkinson Vereinigung (C-148/15, EU:C:2016:776).

⁴⁶ CJUE, Hotărârile din 05.03.2015, Comisia/Franța și Comisia/Luxemburg (C-479/13 și C-502/13, EU:C:2015:141 și EU:C:2015:143).

de mesaje electronice, pornografice și de marketing nesolicitate. În plan concret, această procedură presupune existența a două canale pentru consumator: unul în care acesta să răspundă mesajului și unul în care să interzică pe viitor primirea unor astfel de mesaje de publicitate pe respectiva adresă⁴⁷.

De asemenea, dreptul american se bucură de două reglementări cu valențe indubitabil de mari în acest plan electronic al contractelor, anume *The Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* (ESIGN)⁴⁸, adoptat în 2000, și *Uniform Electronic Transactions Act* (UETA)⁴⁹, din 1999. ESIGN are meritul de a uniformiza la nivelul statelor americane un model de semnătură electronică, prevăzând în mod expres că forța juridică a acestor semnături este echivalentă cu cea a semnăturilor olografe și interzicând orice fel de refuz a unui document pentru că prezintă o semnătură electronică, indiferent de raporturile de drept privat sau public în care sunt prezentate, iar jurisprudența instanțelor americane reiau aceste principii cu fiecare speță pe care o au de soluționat. Distincția dintre cele două documente este dată de domeniul de aplicare, întrucât ESIGN vizează orice afacere de pe continentul american, UETA cuprinde doar tranzacțiile care apar din chestiuni de afaceri, comerciale și guvernamentale⁵⁰.

Aceste acte normative impulsionează încheierea contractelor prin mijloace electronice în mod semnificativ, prin faptul că, în măsura în care respectivul text respectă exigențe care țin de aparență, conținut, voința internă sau declarată a părților⁵¹, chiar și un simplu e-mail ar putea fi considerat un mod de a încheia un contract. Deși legislația americană nu este atât de restrictivă ca cea română, niciuna nu admite ca o simplă tastare a numelui la finalul unui e-mail poate valora o semnătură electronică demnă de a echivala cu un înscris reprezentând un înscris autentic, deși părțile au stabilit altfel⁵².

Trecând la dreptul englez, observăm că acesta protejează într-o măsură mult mai mare consumatorii, afirmație care își găsește premisele în faptul că se încurajează forma scrisă în detrimentul celei electronice. În acest sens, există un Statut al fraudelor, care datează din 1677, care cerea în mod expres ca toate contractele să îmbrace forma scrisă. Bineînțeles, atunci nu se putea aduce în discuție paradigma digitală, însă, în reglementările ulterioare, legiuitorul tinde să își mențină viziunea conservatoare, *inter alia*, prin *promissory estoppel*, un principiu de drept potrivit căruia dacă există o promisiune, iar o parte refuză se abține de la îndeplinirea acesteia, actul care probează încheierea promisiunii va deveni titlu executoriu în baza hotărârii instanței, or, acest principiu face referire în mod exclusiv la promisiunile încheiate în formă clasică, iar nu și electronică, iar jurisprudența instanțelor britanice nu este susceptibilă de a permite ideea că poate avea loc o extindere a sferei contractelor, în considerarea dezvoltării rapide a tehnologiei⁵³.

Din interpretarea acestor aspecte putem înțelege că, deși tehnologia este în plină ascensiune în Marea Britanie, autoritățile nu manifestă o intenție neechivocă de a digitaliza ramura dreptului

⁴⁷ Olaru S., Spamul. *Aspecte legislative și jurisprudențiale*, în Acta Universitatis Lucian Blaga, nr. 1-2/2005, p. 199.

⁴⁸ Legea ESIGN poate fi accesată utilizând adresa de internet: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-106publ229/pdf/PLAW-106publ229.pdf>.

⁴⁹ Legea UETA poate fi accesată la adresa: <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/ueta.pdf>.

⁵⁰ Gabriel H.G., *The New United States Uniform Electronic Transactions Act: Substantive Provisions, Drafting History and Comparison to the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*, în Uniform Law Review, 2000, p. 653.

⁵¹ Scheuplein v. City of W. Covina, No. B206203, 2009 Cal. App. Unpub, LEXIS 7805, Cal. Ct. App. 2d Dist. 29.09.2009.

⁵² Cunningham v. Zurich Am. Ins. Co. 352 S.W.3d 519, 530 (Tex. App. 2011).

⁵³ Bix B.H., *Contract Law. Rules, theory and context*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 2012. 40.

privat, întrucât, prin aceasta, ar putea crește vulnerabilitatea unei părți, care de cele mai multe ori este consumatorul, așadar instituie anumite limite în privința executării acestui contract, mai exact a modului în care partea care se consideră prejudiciată să solicite despăgubiri, fiind o formă de ameliorare a tensiunilor contractuale *a posteriori*, iar nu *a priori*, prin barierele care ar fi putut exista în momentul încheierii contractului.

Făcând un salt către continentul asiatic, luăm ca reper statul indian, care are următoarele acte normative relevante în privința contractelor electronice: Legea privind tehnologia informației din 2000, Legea contractului indian din 1872, Legea privind probele din India din 1872, plus numeroase acorduri încheiate la nivel internațional⁵⁴, care instituie un cadru care să permită încheierea în această modalitate a contractelor de muncă, de consultanță, de distribuție, acorduri de confidențialitate, licență etc. De asemenea, practica judiciară a instanțelor tinde să adere la ideea încheierii acestor acte prin e-mai, deși există o oarecare opunere din partea unei părți⁵⁵.

Însă, există anumite condiționări care țin de circumstanțele în care are loc acordul de voințe, în sensul că trebuie să existe o valoare ridicată a bunului sau serviciului, potrivit principiului *quid pro quo*. De asemenea, în raporturile dintre comercianți și consumatori, și legislația indiană impune primei categorii menționate obligația de a transmite o confirmare scrisă în momentul în care a avut loc încheierea contractului, în paralel cu dreptul consumatorilor de a se retrage din acel contract în condiții egale celor aplicabile dreptului comun al contractelor⁵⁶.

Nu în ultimul rând, ne vom îndrepta atenția către continentul african, analizând cadrul normativ prezent în Africa de Sud, care, în 2014, a adoptat Convenția Uniunii Africane privind securitatea spațiului cibernetic și protecția datelor cu caracter personal, care este realizată pe trei piloni: tranzacții electronice, protecția datelor cu caracter personal și securitatea cibernetică și criminalitate cibernetică⁵⁷. Această încercare de codificare a contractelor electronice a fost realizată doar cu jumătăți de măsură, din perspectiva literaturii de specialitate, întrucât convenția s-a axat în cea mai mare parte pe combaterea infracțiunilor electronice, ceea ce reprezintă efectul tendinței de a mixa domenii care nu sunt în perfectă compatibilitate⁵⁸. De asemenea, convenția nu prezintă în mod clar modul în care se contractează prin mijloace electronice, fiind din această perspectivă neconcludentă⁵⁹.

VI. Concluzii

Dezvoltarea tehnologiei influențează dezvoltarea societății, iar dezvoltarea societății ar trebui să influențeze dezvoltarea dreptului, întrucât situația actuală a raporturilor din sfera privată, cel puțin, justifică afirmația că preocupările dreptului ar trebui să fie internetul și spațiul digital, întrucât acolo totul se derulează mai rapid, simplu și eficient, fără cheltuieli suplimentare pentru deplasarea partenerilor contractuali, mai ales în cazul în care afacerile au loc la nivel internațional.

⁵⁴ Arora K., *E-contracts: Understanding its Implementation and Challenges*, Ed. Acclaims, vol. 9, 2020, pp. 1-2.

⁵⁵ Trimex International FZE Ltd. v. Vedanta Aluminium Ltd, 2010 (1) SCALE 574. Hotărârea poate fi accesată la următoarea adresă: <https://indiancaselaw.in/trimex-international-fze-limited-v-vedanta-aluminium-limited/>.

⁵⁶ Arora K., opera citată., pp. 3-4.

⁵⁷ Mtuze S.L.S., *A comparative review of legislative reform of electronic contract formation in South Africa*, Ed. University of South Africa, 2015, pp. 82-83.

⁵⁸ Githaiga G., *A report of the online debate on Africa Union Convention on cybersecurity*, 2013, pp. 15-21. Accesat la data de 06.02.2023: https://cipesa.org/wp-content/files/reports/REPORT_ON_OF_THE_ONLINE_DEBATE_ON_AFRICA_UNION_CONVENTION_ON_CYBERSECURITY.pdf.

⁵⁹ Murungi M., *Comments on The Draft African Union Convention on the Establishment of a Credible Legal Framework for Cyber Security in Africa*, pp. 4-11, apud Mtuze, opera citată, p. 85.

În fața acestor provocări, dreptul trebuie să reacționeze rapid, prin crearea unor mecanisme adecvate pentru materializarea unui cadru instituțional pentru încheierea acestor contracte. După cum am analizat în secțiunea dedicată cadrului normativ, legiuitorul român și-a îndeplinit obligațiile căreia îi reveneau în baza convențiilor internaționale și a statutului de stat membru, prin transpunerea directivei privind comerțul electronic și adoptarea unor norme metodologice pentru facilitarea derulării acestor raporturi și prin raportarea constantă care se realizează la instrumentele juridice din plan internațional.

În practica judiciară, după cum s-a observat în secțiunea destinată jurisprudenței, există tendința eliminării oricărui tip de restricție în libera prestare a serviciilor, realizându-se o trecere de la posibila marjă de apreciere a statelor pentru motive bine întemeiate la o interpretare a Curții de Justiție a Uniunii Europene, care consideră că temeiurile avute în vedere de statele membre nu sunt suficient de puternice pentru a restricționa posibilitatea de a contracta prin mijloace electronice, aspect care pornește de la publicitatea online.

În ceea ce privește modul în care se extinde contractul electronic la nivelul celorlalte state, am observat, prin aplicații de drept comparat, că suveranitatea acestora se manifestă și în privința libertății oferite particularilor de a încheia aceste contracte în această modalitate, având în vedere faptul că, în unele cazuri a fost recunoscută această posibilitate încă din 1900, iar în altele cazuri, nici în 2014 nu exista o legislație concretă pentru a permite derularea acestor contracte și punerea lor în executare, astfel încât să se bucure de forța juridică existentă în privința contractelor clasice.

Inteligența artificială la încheierea contractelor. Și cum rămâne cu protecția datelor personale?

[Artificial Intelligence When Concluding Contracts. And What About Personal Data Protection?]

Lector univ. dr. Mirela Carmen DOBRILĂ*

Abstract: Artificial intelligence means rapidly evolving technologies that are created to optimize operations, but the use of artificial intelligence must be considered in close relation to human and ethical implications. An observation of the risks associated with the use of artificial intelligence is required in certain situations, especially as artificial intelligence systems are designed to be increasingly autonomous, where the system is designed to learn and act on previously observed effects. Thus, technologies inevitably evolve and we witness the use of artificial intelligence in the conclusion of contracts. The article analyzes aspects regarding the use of artificial technology in the negotiation of a contract and at the stage of concluding the contract; then they are analyzed in close connection with the principle of contractual freedom and the principle of good faith when negotiating and concluding the contract. Within the article, the use of artificial intelligence at the conclusion of the contract is analyzed in relation to the existence of a valid consent of the contracting parties; it is necessary to ask ourselves what are the risks and limits related to artificial intelligence and the condition of the existence of serious, free and informed consent. Some aspects related to the use of artificial intelligence at the conclusion of the contract and the risks (or advantages) that exist regarding the observance of the right to the protection of personal data are also analyzed, the observance of the General Data Protection Regulation (RGPD) being mandatory. Given that, at this moment, we are witnessing the use of artificial intelligence in numerous fields, and which can (or not?) replace the realization of a scientific work by a human or even replace the human judge (or not?) in the courtroom judgement, the question we propose to answer (or not) is whether artificial intelligence in the conclusion of the contract can be equivalent to the conclusion of the contract based on human thinking and whether there are risks associated with the conclusion of the contract based on artificial intelligence, respectively if personal data is reviewed.

Keywords: Contract; Negotiation of a Contract; Concluding the Contract; Artificial Intelligence; Consent; Good Faith; GDPR; Personal Data;

Considerații introductive privind digitalizarea, noile tehnologii inteligente și negocierea/încheierea contractelor

Inteligența artificială (IA) ne influențează viața iar volumul de date crește rapid. Asistăm la o dezvoltare a noilor tehnologii digitale, cum ar fi inteligența artificială, care răspunde unei nevoi reale de a transforma societatea și de a evolua, cu avantaje economice, care sunt resimțite în mod direct și cu beneficii care influențează fiecare aspect al vieții. Suntem în era digitală, iar tehnologiile inteligente, serviciile digitale, comunicațiile digitale sunt parte din fiecare aspect al vieții. Evoluția digitală și schimbările intervenite transformă societatea și economiile. Într-un Eurobarometru din 2017 publicat de Comisia Europeană¹ sunt prezentate opiniile cetățenilor europeni cu privire la digitalizare și impactul asupra vieții de zi cu zi: cetățenii europeni văd

* Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași, Facultatea de Drept; mirela.dobрила@uaic.ro.

¹ Comisia Europeană, *Eurobarometrul special 460: Atitudini față de impactul digitalizării și automatizării asupra vieții de zi cu zi*, 2017, disponibil la https://data.europa.eu/data/datasets/s2160_87_1_460_eng?locale=ro (01.03.2023).

digitalizarea și automatizarea mai ales ca o oportunitate, iar conform sondajului cu cât mai multe persoane ajung să fie informate sau utilizează tehnologii, cu atât este mai probabil ca acestea să aibă încredere în ele și să aibă o opinie pozitivă.

Raporturile juridice sunt influențate de dezvoltarea noilor tehnologii, mai ales în condițiile în care, la încheierea contractelor, observăm o frecventă utilizare a metodelor electronice și chiar a tehnologiilor inteligente iar acest lucru aduce avantaje majore. Acest lucru trebuie privit în strânsă legătură cu pandemia de COVID-19, care a influențat modul în care se desfășurau activitățile și a schimbat percepția cu privire la nevoia de a facilita încheierea de convenții și de a folosi contractele inteligente.

Inovațiile care țin de dezvoltarea tehnologiilor inteligente influențează modul tradițional de încheiere a contractelor, în sensul că prin utilizarea inteligenței artificiale la încheierea contractelor se ajunge la o execuție automată prin folosirea tehnologiei, care depășește sfera clasică a încheierii unui contract prin interacțiune umană. Încheierea contractelor cu ajutorul tehnologiilor inteligente, fără implicarea factorului uman în procesul de negociere și încheiere a contractului, aduce în mod clar avantaje care țin de operativitate, avantaje financiare, eficiență legată de costuri și chiar beneficii legate de crearea unei poziții contractuale mai avantajoase pe baza unor informații suplimentare obținute și valorificate la încheierea contractului, însă trebuie să analizăm și riscurile asociate folosirea inteligenței artificiale la încheierea contractelor, mai ales dacă avem în vedere liniile directoare de la nivel european, care pun accent pe dezvoltarea unei inteligențe artificiale sigure și legale.

Abordarea Uniunii Europene cu privire la inteligența artificială are la bază ideea de încredere, cu scopul de a permite cetățenilor și întreprinderilor să se bucure de avantajele inteligenței artificiale, dar cu respectarea siguranței și drepturilor fundamentale, asigurându-se de faptul că „inteligența artificială funcționează pentru oameni și este o forță a binelui în societate”². În acest sens, se conturează abordare europeană a inteligenței artificiale, „axată pe acordarea unei priorități absolute pentru oameni”, cu norme care urmăresc să asigure dezvoltarea inteligenței artificiale „de o manieră care să garanteze încrederea, siguranța și drepturile fundamentale și care încurajează, totodată, excelența în materie de inovare”³.

Încheierea unui contract pe baza inteligenței artificiale înseamnă folosirea unui model matematic, a unor algoritmi, adică folosirea unui model de limbaj care este programat să dea un răspuns într-un anumit context, pe baza unor acțiuni prestabilite în program, prin analizarea unor situații incluse în cadrul programului respectiv, și care permite generarea de contracte utilizând algoritmi matematici și folosind diferite modele de învățare. Totuși, este nevoie să punem accent pe corectitudinea unui contract încheiat ca rezultat al inteligenței artificiale și atunci este necesară și chiar esențială implicarea factorului uman, deoarece este necesar să existe experți din diferite domenii (de exemplu drept, IT, IA) care să realizeze astfel de tehnologii inteligente, apoi experți care să verifice modul de funcționare al IA la încheierea unui contract de către IA și care ulterior să analizeze rezultatele pentru a le valorifica pe direcția îmbunătățirii modului de folosire al IA la încheierea contractelor.

² Comisia Europeană, Shaping Europe’s digital future: O abordare europeană a inteligenței artificiale, disponibil la <https://digital-strategy.ec.europa.eu/ro/policies/european-approach-artificial-intelligence> (15.02.2023).

³ Comisia Europeană, Shaping Europe’s digital future: Inteligența artificială, disponibil la <https://digital-strategy.ec.europa.eu/ro/policies/artificial-intelligence> (15.02.2023).

Utilizarea inteligenței artificiale la negocierea, încheierea și executarea contractelor, în contextul general al utilizării inteligenței artificiale în domeniul juridic

În ultimii ani, asistăm la utilizarea IA în drept în foarte multe domenii ale dreptului⁴. De exemplu, aplicarea IA în drept vizează o analiză a datelor juridice, adică a unei cantități mari de date care pot fi prelucrate în timp scurt, care generează informații legate de modele anterioare, pentru cazuri judecate anterior și care ajută la conturarea unei strategii juridice mai eficiente. De asemenea, IA poate fi folosită pentru a identifica posibile soluții ale unui litigiu, pe baza unei evaluări a datelor existente, care să permită preconizarea unei soluții dintr-un anumit litigiu.

IA este folosită pentru a analiza date juridice și pentru a identifica tendințe și modele în cazuri judecate anterior și instrumente de analiză a riscului; de exemplu, baza de date Legal Analytics de la LexisNexis (care realizează analiza unui volum mare de date din punct de vedere juridic ca instrumente pentru ca avocații să poată lua decizii informate, bazate pe date și rezultate și pentru a stabili strategiile în funcție de aceste date, dar realizează și analize predictive pentru a putea estima anumite aspecte⁵, fără riscul ca acest sistem să poată înlocui avocații, sau, așa cum se arată, cel puțin nu acum⁶); Westlaw Edge de la Thomson Reuters (care permite analiza eficientă a datelor juridice, identificarea de modele, tendințe în cazuri anterioare, pe baza unor instrumente bazate pe IA⁷); ROSS Intelligence (care utilizează tehnologia IA pentru a răspunde la întrebări legate de sfera juridică, pentru a oferi informații care să fie utilizate pentru strategii în domeniul juridic, „pentru a spori abilitățile cognitive ale avocaților”⁸); Blue J Legal (platformă care permite analizarea riscurilor fiscale pe baza IA, pentru a stabili strategii fiscale⁹).

Referitor la încheierea unui contract prin intermediul IA, trebuie să avem în vedere că aceasta diferă în funcție de circumstanțele concrete, de tehnologia inteligență folosită, dar și de informațiile introduse în algoritmi. Pot exista cazuri în care sunt folosiți asistenți virtuali la încheierea contractului sau sisteme de IA bazate pe conversații/chat. Pot fi solicitate informații legate de legislația aplicabilă, de tendințe care pot fi rezultate în urma unor analize de date din contracte anterioare sau dintr-un anumit domeniu, pot fi solicitate informații care să contureze strategiile de negociere etc. Există negocieri care se desfășoară prin intermediul IA, astfel încât părțile să primească răspunsuri la întrebările adresate; după ce IA identifică nevoile părților care participă la negocieri și sunt stabilite cerințele pe care părțile le au în vedere pentru încheierea contractului, se poate trece la stabilirea termenilor și condițiilor contractului, prin anumiți

⁴ Pentru dezvoltări privind utilizarea IA în domeniul juridic (dar și în domeniul politic, militar etc.), a se vedea Ovidiu Predescu, *Implicațiile Inteligenței Artificiale în domeniul juridic și nu numai*, Juridice, disponibil la https://www.juridice.ro/essentials/6349/implicatiile-inteligenței-artificiale-in-domeniul-juridic-si-nu-numai#_ftnref47 (23.02.2023); A se vedea și Raportul FRA intitulat *Getting the future right – Artificial intelligence and fundamental rights* (Înțelegerea viitorului – Inteligența artificială și drepturile fundamentale), p. 3 disponibil la https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2021-artificial-intelligence-summary_ro.pdf (15.02.2023); acest raport „oferă o imagine de ansamblu a utilizării actuale a tehnologiilor legate de IA în UE și analizează implicațiile acestora asupra drepturilor fundamentale. Acesta se concentrează asupra cazurilor de utilizare în patru domenii principale: prestațiile sociale, activitățile polițienești bazate pe analiza predictivă, serviciile de sănătate și publicitatea direcționată”.

⁵ LexisNexis, *What is Legal Analytics?*, 11.11.2019, disponibil la <https://www.lexisnexis.com/community/insights/legal/b/thought-leadership/posts/what-is-legal-analytics> (10.02.2023).

⁶ *Ibidem*.

⁷ Thomson Reuters, *The value of Westlaw Edge*, disponibil la <https://legal.thomsonreuters.com/en/products/westlaw-edge/westsearch-plus> (10.02.2023).

⁸ ROSS Intelligence, *About Us*, <https://rossintelligence.com/about-us> (10.02.2023).

⁹ Blue J Legal, *About Us: We are on a mission to simplify research & analysis*, disponibil la <https://www.bluej.com/about-us> (10.02.2023).

algoritmi care procesează informațiile obținute de la părți. Ulterior încheierii contractului, IA poate avea rolul de a verifica contractul, de a verifica legalitatea unui contract, de a analiza dacă respectă legislația etc. IA poate realiza noi contracte sau poate contribui la automatizarea procesului de executare a contractelor.

Referitor la utilizarea IA la negocierea unui contract, IA poate analiza negocieri anterioare pentru a identifica anumite modele sau tendințe, care să poată fi folosite pentru stabilirea unei strategii de negociere sau pentru adaptarea acesteia. În cadrul negocierilor, IA poate furniza asistență chiar, în timp real (ofertă, contraofertă sau pentru a primi informații sau recomandări cu privire la strategie); IA poate fi utilizată pentru a identifica și evalua riscuri asociate cu încheierea contractului, sau poate face propuneri de clauze contractuale sau de contracte. Folosirea IA contribuie la automatizarea unor etape ale procesului de negociere, cu avantaje care țin de economia de timp, de reducerea de costuri, de claritate a contractului și de eficiență.

Un sistem IA poate contribui la procesele de analiză și de verificare a condițiilor contractuale sau poate verifica, dacă este programat în acest fel, să verifice dacă un contract respectă legislația în vigoare și drepturile și libertățile persoanelor implicate. Uneori, IA poate contribui la identificarea unor clauze neclare sau poate identifica greșeli în contracte.

IA, dacă a fost dezvoltată în acest sens și au fost stabiliți algoritmi sau programe, poate fi utilizată la negocierea automatizată a contractelor sau la încheierea automatizată a contractelor, după verificarea acestora, în funcție de niște factori stabiliți în prealabil și incluși în sistemul IA.

IA este o realitate pentru sfera juridică și avantajele sunt de necontestat, de exemplu sub aspectul eficienței, operativității, reducerii costurilor necesare pentru încheierea unui contract, sub aspectul informării corecte și complete a actorilor din domeniul juridic. Însă rămân în discuție problemele legate de modul de funcționare al IA, deoarece trebuie să existe garanții pentru ca IA să respecte legislația, principiile juridice și drepturile fundamentale, precum și garanții pentru ca algoritmii și modelele matematice să aibă în vedere aceste aspecte încă de când sunt concepute programele de IA.

Principiile aplicabile instituției contractului- nuanțări în cazul contractelor încheiate pe baza inteligenței artificiale

Conform principiului libertății contractuale sau principiului libertății de voință din art. 1.169 C. civ.¹⁰, persoanele sunt libere să încheie orice fel de contracte, având libertatea de a le determina în mod liber atât conținutul.

Altfel spus, părților contractante le este recunoscută libertatea de a-și supune acordul lor de voință unei legi ale cărei conținut și formă îl determină chiar ele¹¹.

Libertatea contractuală nu este însă una absolută, ci trebuie să respecte limitele impuse de lege, de ordinea publică și de bunele moravuri (art. 1.169 C. civ., art. 11 C. civ.), precum și cele determinate de respectarea principiului bunei-credințe (art. 14, art. 1.170 și art. 1.183 C. civ.).

Pe de o parte, observăm o aplicare a principiului libertății contractuale în cazul contractelor încheiate pe baza inteligenței artificiale prin faptul că acest principiu permite încheierea de contracte cu ajutorul inteligenței artificiale, adică există o libertate de a folosi tehnologiile inteligente pentru încheierea de contracte care să fie admise de lege.

¹⁰ Codul civil – Legea nr. 287/2009, M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011.

¹¹ Cu privire la principiile aplicabile instituției contractului, a se vedea și a se vedea Codrin Macovei, Mirela-Carmen Dobrilă, *Contractele translativ de proprietate. Manual pentru curs și seminar*, Ed. Universul Juridic, 2019, București, p. 13; și Gabriel Boroi, Liviu Stănculescu, *Instituții de drept civil în reglementarea Noului Cod civil*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 147-177.

La prima vedere părțile contractante sunt cele care dețin controlul cu privire la negocierea și încheierea contractului, însă se pune problema dacă mai putem vorbi, în concret, despre o libertate contractuală a părților, în condițiile în care folosirea inteligenței artificiale la negocierea unui contract și apoi la încheierea contractului înseamnă de fapt, o folosire de algoritmi, pe baza cărora poate fi predeterminat un răspuns, un comportament al părții sau poate fi influențat.

Conform art. 14 C. civ., orice persoană fizică sau persoană juridică trebuie să își exercite drepturile și să își execute obligațiile civile cu bună-credință, în acord cu ordinea publică și bunele moravuri, iar buna-credință se prezumă până la proba contrară. Conform art. 1.170 C. civ., părțile trebuie să acționeze cu bună-credință atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale și nu pot înlătura sau limita această obligație.

Buna-credință este o condiție pur subiectivă strâns legată de factorul „cunoaștere” și este o condiție subiectivă în raporturile contractuale¹².

Buna credință în contracte presupune onestitate și loialitate în cadrul relației contractuale¹³.

Referitor la încheierea contractelor prin intermediul IA, principiul bunei-credințe trebuie privit în sensul că utilizarea IA la încheierea contractelor trebuie fie transparentă și realizată cu responsabilitate. Este necesar să existe transparență în utilizarea IA și o comunicare clară între părți cu privire tehnologia utilizată. Respectarea principiului bunei-credințe în cazul contractelor încheiate prin intermediul IA trebuie corelată cu luarea de măsuri care să asigure încrederea în mediul online și care să asigure securitatea juridică.

Principiul bunei-credințe la încheierea contractelor prin inteligența artificială înseamnă că trebuie să existe garanții pentru ca părțile să fie protejate împotriva utilizării unor tehnologii care nu sunt programate corespunzător sau care pot prejudicia părțile.

*Planul coordonat privind inteligența artificială (IA)*¹⁴, publicat în 2018 și actualizat în 2021, pune accent pe ideea că IA funcționează pentru oameni și are scopul de a contribui la binele societății.

Actul/Legea privind inteligența artificială susține promovarea unei IA sigure, cu respectarea drepturilor fundamentale, și pune accent pe transparența în utilizarea sistemelor de IA; sunt reglementate și practici interzise în domeniul IA (interdicția utilizării IA pentru evaluarea comportamentului social), sunt stabilite cerințe pentru sistemele de IA cu grad ridicat de risc, există proceduri de evaluare a conformității¹⁵.

Anterior, prin inițiativă europeană privind IA din 2018 (Comunicarea Comisiei privind Inteligența artificială pentru Europa, 2018) s-a arătat că aceasta vizează inclusiv „asigurarea unui

¹² Pentru dezvoltări, a se vedea Valerius M. Ciucă, *Bona fides într-o nouă hermeneutică*, Revista Hermeneia nr. 9/2009, p. 20, disponibil la https://hermeneia.ro/wp-content/uploads/2011/02/02_Ciuca.pdf (25.02.2023).

¹³ A se vedea și Mirela Carmen Dobrilă, *Buna credință în plan contractual, în contextul influențelor de la nivel european*, Volumul Conferinței cu tema „160 de ani de învățământ juridic ieșean”, organizată în cadrul Facultății de Drept, UAIC, 23-25 octombrie 2015, Ed. Hamangiu, București, 2015, pp. 3-17.

¹⁴ *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Fostering a European approach to Artificial Intelligence, Coordinated Plan On Artificial Intelligence 2021 Review*, Brussels, 21.4.2021

COM(2021) 205 final/ Planul coordonat privind inteligența artificială (IA) din 2021, disponibil la <https://digital-strategy.ec.europa.eu/ro/library/coordinated-plan-artificial-intelligence-2021-review> (15.02.2023).

¹⁵ Consiliul UE, *Comunicat de presă din 6 decembrie 2022: „Actul privind inteligența artificială: Consiliul îndeamnă la promovarea unei IA sigure, care respectă drepturile fundamentale”*, disponibil la <https://www.consilium.europa.eu/ro/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (25.02.2023).

cadru etic și legal adecvat, bazat pe valorile Uniunii și în conformitate cu Carta drepturilor fundamentale a UE”¹⁶.

Referitor la efectele contractului, conform art. 1.270 alin. (1) C. civ., principiul forței obligatorii a contractului exprimă regula de drept potrivit căreia contractul este obligatoriu pentru părțile contractante (*pacta sunt servanda*).

Contractele încheiate prin intermediul IA trebuie să respecte principiul forței obligatorii iar părțile trebuie să respecte ceea ce și-au asumat prin contract. Părțile contractante vor fi obligate să-și execute obligațiile așa cum au fost stabilite în contractul realizat prin IA.

Totuși, pentru a fi obligatoriu, contractul încheiat prin intermediul inteligenței artificiale trebuie să fie valabil încheiat și cerințe legate de utilizarea IA cu privire la transparență și accesibilitate. Trebuie să fie luate măsuri pentru ca părțile să fie informate și să înțeleagă ce înseamnă utilizarea IA, ce decizii vor fi luate de IA cu privire la încheierea contractului și să înțeleagă care sunt drepturile și obligațiile lor, cu informații comunicate clar și accesibil.

În strânsă legătură cu acest principiu se află și condiția de a prelucra date cu caracter personal ale părților cu bună-credință și în mod responsabil, cu garanții pentru respectarea dreptului la protecția datelor cu caracter personal.

Principiul relativității efectelor contractului este consacrat de art. 1.280 C. civ. și reprezintă regula de drept potrivit căreia contractul generează drepturi și obligații numai pentru părți, neputând să profite sau să vatăme interesele terțelor persoane.

Există întrebări la care nu există încă un răspuns clar cu privire aplicarea acestui principiu în cazul încheierii contractului de către inteligența artificială: dacă principiul relativității efectelor contractului înseamnă aplicarea doar între părți a contractului, este clar care sunt părțile contractante? Va fi necesar să fie stabilit acest lucru, în mod clar deoarece este foarte important să știm dacă IA va fi considerată parte în contract, mai ales cu întrebarea legată de situația în care a fost conceput un algoritm și IA a fost programată să ia decizii în numele unei persoane.

Se pune întrebarea dacă un sistem de inteligență artificială care participă la încheierea unui contract, prin faptul că poate fi programat să învețe din experiența contractelor încheiate anterior și prin faptul că poate acționa după cercetarea acestora, nu ajunge să fie influențat la încheierea unui nou contract de învățarea acestor elemente, iar încheierea unui nou contract să fie afectată de modul în care aceste informații anterioare sunt utilizate, uneori în alt sens decât cel anticipat de către părțile contractante. Dincolo de avantajele care țin de eficiență, operabilitate, rapiditate etc., obținute prin valorificarea experienței anterioare, se pune problema dacă la încheierea unui nou contract, inteligența artificială nu valorifică (în sens negativ, pentru a obține avantaje într-un anumit context) elementele învățate care țin de observarea unor vulnerabilități ale oamenilor sau de observarea unor tendințe de comportament ale acestora și dacă nu le folosește la încheierea unui nou contract.

Pe lângă aceste principii, considerăm că ar trebui adăugat un *principiu al responsabilității*, în mod specific pentru utilizarea IA la încheierea contractelor, în sensul că trebuie să existe o utilizare responsabilă a IA, iar algoritmiile folosiți și sistemul de inteligență artificială trebuie să fie transparent cu privire la modul de funcționare și cu privire la utilizarea datelor, precum și în sensul că cei care au dezvoltat sistemul de inteligență artificială trebuie să ia măsuri ca sistemul să nu genereze erori care să afecteze interesele părților contractante și pentru ca sistemul să protejeze datele cu caracter personal și informațiile adunate, care sunt ulterior prelucrate.

¹⁶ Comunicarea Comisiei privind Inteligența artificială pentru Europa, Bruxelles, 25.4.2018, COM(2018) 237 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN> (12.02.2023).

Poate ar fi indicat să existe și un *principiu al echilibrului* pentru contractele încheiate prin intermediul IA¹⁷ deoarece trebuie să existe un cadru adecvat pentru utilizarea și implementarea sistemelor de IA la încheierea contractelor și trebuie să existe un echilibru între interesele părților contractante, doar sistemul de IA să fie capabil să se asigure că drepturile și interesele părților sunt respectate în mod echitabil.

Folosirea tehnologiilor inteligente la negocierea și la încheierea contractelor

Observăm o importanță crescută a inteligenței artificiale, și în viața de zi cu zi a oamenilor, și ca motor al creșterii economice, al competitivității. Pe lângă beneficii, inteligența artificială presupune și riscuri, iar Comisia Europeană a realizat o propunere de regulament în materia sistemelor de IA, cu rolul de a introduce un set de norme armonizate care să stea la baza producerii, dezvoltării și utilizării anumitor sisteme de IA cu grad ridicat de risc¹⁸.

Pentru o IA fiabilă și pentru un mediu sigur, Comisia a propus un cadru juridic european pentru IA pentru a aborda drepturile fundamentale și riscurile în materie de siguranță specifice sistemelor de IA, dar și un cadru privind răspunderea civilă – adaptarea normelor privind răspunderea la era digitală.

*Legea Privind Inteligența Artificială*¹⁹ are ca scop stabilirea unui cadru juridic uniform, pentru utilizarea inteligenței artificiale și urmărește stabilirea unor norme armonizate privind inteligența artificială, interzicerea anumitor practici în domeniul inteligenței artificiale; a unor cerințe specifice pentru sistemele de IA cu grad ridicat de risc și obligații pentru operatorii unor astfel de sisteme; a unor norme armonizate de transparență pentru sistemele de IA destinate să interacționeze cu persoane fizice, pentru sistemele de recunoaștere a emoțiilor, pentru sistemele biometrice de clasificare și pentru sistemele de IA utilizate pentru a genera sau a manipula imagini, conținuturi audio sau video; a unor norme privind monitorizarea și supravegherea pieței. Legea Privind Inteligența Artificială subliniază obligația tuturor părților de a respecta confidențialitatea informațiilor și a datelor.

În Strategia europeană privind IA din 2018/ Comunicarea Comisiei privind Inteligența artificială pentru Europa²⁰, inteligența artificială este definită cu referire la „sistemele care manifestă comportamente inteligente prin analizarea mediului lor înconjurător și care iau măsuri – cu un anumit grad de autonomie – pentru a atinge obiective specifice”.

¹⁷ Cu referire la *Actul privind inteligența artificială*, trebuie observat și faptul că viceprim-ministru ceh pentru digitalizare și ministru al dezvoltării regionale face trimitere la ideea de echilibru: „Inteligența artificială este de o importanță capitală pentru viitorul nostru. Astăzi am reușit să atingem un echilibru delicat, care va stimula inovarea și adoptarea tehnologiei inteligenței artificiale în întreaga Europă. Cu toate beneficiile sale, pe de o parte, și cu respectarea deplină a drepturilor fundamentale ale cetățenilor noștri, pe de altă parte”. În acest sens, a se vedea Consiliul UE, Comunicat de presă din 6 decembrie 2022: „Actul privind inteligența artificială: Consiliul îndeamnă la promovarea unei IA sigure, care respectă drepturile fundamentale”, disponibil la <https://www.consilium.europa.eu/ro/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (25.02.2023).

¹⁸ Departamentul de studii parlamentare și politici UE Direcția pentru Uniunea Europeană, Mihaela Banu, *Reglementarea sistemelor de inteligență artificială la nivelul Uniunii Europene*, p. 29, disponibil la https://www.cdep.ro/afaceri_europene/afeur/2022/st_3516.pdf (22.02.2023).

¹⁹ Propunerea de regulament Al Parlamentului European și al Consiliului de Stabilire a unor norme armonizate privind Inteligența Artificială (Legea Privind Inteligența Artificială) și de modificare a anumitor acte legislative ale Uniunii, COM/2021/206 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52021PC0206> (03.02.2023).

²⁰ Comunicarea Comisiei privind Inteligența artificială pentru Europa, COM(2018) 237 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN> (12.02.2023).

În baza Comunicării Comisiei privind „Conturarea viitorului digital al Europei”²¹, se consideră că tranziția digitală ar trebui să aducă beneficii întregii societăți, iar oamenii să fie puși pe primul plan iar întreprinderile să beneficieze de noi posibilități. Se arată că inteligența artificială poate îmbogăți viața în numeroase feluri, dar, pe lângă beneficiile generate de tehnologiile digitale, există și riscuri și costuri. Cetățenii trebuie să poată avea încredere în tehnologie în sine, precum și în modul în care este utilizată. Acest lucru este deosebit de important în ceea ce privește inteligența artificială, cetățenii trebuie să poată avea încredere în tehnologie în sine, precum și în modul în care este utilizată²².

Sistemele IA trebuie „să fie centrate pe om, bazându-se pe un angajament față de utilizarea acestora în serviciul umanității și al binelui comun, cu obiectivul de a îmbunătăți bunăstarea și libertatea oamenilor”²³.

Referitor la încheierea contractului, acesta se încheie prin negocierea lui de către părți sau prin acceptarea fără rezerve a unei oferte de a contracta și este suficient ca părțile să se pună de acord asupra elementelor esențiale ale contractului, chiar dacă lasă unele elemente secundare spre a fi convenite ulterior ori încredințează determinarea acestora unei alte persoane. (art. 1.182 alin. 1, 2 C. civ.).

Părțile trebuie să respecte principiul bunei-credințe atât la negocierea și încheierea contractului, cât și pe tot timpul executării sale și nu pot înlătura sau limita această obligație (art. 1.170 C. civ.). Referitor la buna-credință în negocieri (art. 1.183 C. civ.), partea care se angajează într-o negociere este ținută să respecte exigențele bunei-credințe și părțile nu pot conveni limitarea sau excluderea acestei obligații; este considerată contrară exigențelor bunei-credințe conduita părții care inițiază sau continuă negocieri fără intenția de a încheia contractul. Există o obligație de confidențialitate în negocierile precontractuale (art. 1.184 C. civ.), în sensul că informație confidențială comunicată de către o parte în cursul negocierilor nu poate fi folosită sau divulgată de cealaltă parte, în interes propriu, indiferent dacă se încheie sau nu contractul.

În cazul încheierii contractului prin intermediul IA, există o etapă de negociere, dar nu cu sistemul IA, care acționează pe baza unui program încorporat de dezvoltatorii IA. Și atunci cine trebuie să respecte principiul bunei credințe la etapa negocierilor? Răspunsul se referă la părțile pentru care se încheie contractul prin IA dar și pentru dezvoltatorii care au realizat sistemul IA, care poartă responsabilitatea pentru modul în care a fost conceput sistemul IA și dacă acesta va respecta cerințele impuse de lege.

*Inițiativa internațională privind inteligența artificială centrată pe factorul uman*²⁴ (*InTouchAI.eu*) este un proiect care permite o colaborare a Comisiei Europene cu partenerii internaționali pentru a promova dezvoltarea responsabilă a IA de încredere la nivel mondial.

²¹ Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor: Conturarea viitorului digital al Europei (COM/2020/67 final), disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52020DC0067> (12.02.2023).

²² *Ibidem*; A se vedea și Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor, Busola pentru dimensiunea digitală 2030: modelul european pentru deceniul digital, COM/2021/118 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0118> (20.02.2023).

²³ Grupul de experți la nivel înalt privind inteligența artificială al Comisiei Europene, *Orientări în materie de etică pentru o inteligență artificială (IA) fiabilă*, Brussels, aprilie 2019, p. 5, disponibil la https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/JURI/DV/2019/11-06/Ethics-guidelines-AI_RO.pdf (22.02.2023).

²⁴ Comisia Europeană, *Shaping Europe's digital future: Informare internațională pentru inițiativa privind inteligența artificială centrată pe om*, disponibil la <https://digital-strategy.ec.europa.eu/ro/policies/international-outreach-ai> (20.02.2023).

Astfel, sunt urmărite, printre altele, aspecte legate de crearea condițiilor pentru adoptarea politicilor, a bunelor practici și a standardelor care asigură un cadru etic și juridic adecvat privind IA; și aspecte legate îmbunătățirea gradului de conștientizare a publicului cu privire la provocările și oportunitățile asociate IA.

Având ca punct de plecare *Strategia europeană privind IA din 2018/ Comunicarea Comisiei privind Inteligența artificială pentru Europa*²⁵, în *Cartea albă privind Inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere*²⁶, din 2020, se arată că „IA este un ansamblu de tehnologii care combină date, algoritmi și putere de calcul”, iar aceste progrese în materie de date și calcul reprezintă elemente care stau la baza unei dezvoltări accelerate a IA, fiind subliniat rolul IA atât la nivel individual cât și la nivelul societății.

Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă privește creșterea încrederii în tranzacțiile electronice de pe piața internă prin furnizarea unei baze comune pentru realizarea de interacțiuni electronice sigure între cetățeni, întreprinderi și autoritățile publice, contribuind astfel la creșterea eficienței serviciilor online²⁷ și „urmărește să asigure un cadru coerent cu scopul de a oferi un nivel înalt de siguranță și de securitate juridică a serviciilor de încredere”²⁸. Se arată că „încrederea în serviciile online și facilitarea acestora sunt esențiale pentru ca utilizatorii să beneficieze pe deplin de serviciile electronice și să se bazeze în mod conștient pe acestea” iar în acest scop ar trebui „creată o marcă de încredere a UE cu scopul de a identifica serviciile de încredere calificate prestate de prestatori de servicii de încredere calificați”²⁹.

Condițiile esențiale pentru validitatea unui contract (art. 1.179 C. civ.) sunt: condiții de fond-capacitatea de a contracta; consimțământul părților; obiect determinat și licit; cauză licită și morală, și condiții de formă (în măsura în care legea prevede o anumită formă a contractului, aceasta trebuie respectată, sub sancțiunea prevăzută de dispozițiile legale aplicabile).

Deși există principiul libertății formei/principiul consensualismului (art. 1.178 C. civ.) și, în principiu, un contract ar putea fi încheiat prin simplul acord de voință, referitor la condițiile de formă care trebuie respectate în cazul utilizării IA la încheierea unui contract, este posibil să existe particularități care sunt legate de forma electronică, semnătură electronică etc. Părțile trebuie să se asigure că va fi respectată forma cerute de lege pentru a fi valabil contractul, iar dezvoltatorii sistemului IA trebuie să ia măsuri pentru a verifica cerințele de formă și pentru ca sistemul IA să le poată respecta.

Cu privire la capacitatea de a contracta (art. 1.180-1.181 C. civ.), regula este că poate contracta orice persoană care nu este declarată incapabilă de lege și nici oprită să încheie anumite contracte, dar există și excepții (incapacitățile).

²⁵ Comunicarea Comisiei privind Inteligența artificială pentru Europa, Bruxelles, 25.4.2018, COM(2018) 237 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0237&from=EN> (12.02.2023).

²⁶ Comisia Europeană, *Cartea Albă privind Inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, disponibilă la https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=Twitter (15.02.2023).

²⁷ Considerentul 2 din Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă și de abrogare a Directivei 1999/93/CE, JO L 257, 28.8.2014, disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=celex%3A32014R0910> (20.02.2023).

²⁸ *Idem*, considerentul 44.

²⁹ *Idem*, considerentul 47.

Regulile cu privire la capacitatea de a contracta trebuie respectate și în cazul contractelor pentru încheierea cărora se utilizează IA, însă sistemul IA trebuie conceput astfel încât să poată respecta cerințele impuse de lege cu privire la capacitatea de a contracta a părților și să poată să facă verificări în acest sens, deci să aibă acces la date.

În cazul în care sistemul IA ia decizii cu privire la încheierea contractului în numele părților, se pune întrebarea dacă trebuie analizată o „capacitate de a contracta”, atipică, a sistemului IA și dacă nu cumva ar trebui să existe/ să fie propuse criterii care să fie avute în vedere. O „incapacitate” a sistemului IA folosit la încheierea contractului poate fi asociată cu ideea de eroare a sistemului în anumite situații.

Referitor la consimțământul manifestat de către părțile contractante la încheierea unui contract prin folosirea inteligenței artificiale, trebuie făcute anumite discuții și ridicate unele probleme din punct de vedere juridic.

Acordul părților se realizează prin întâlnirea ofertei de a contracta (art. 1.187 și urm. C. civ.) cu acceptarea ofertei³⁰. Referitor la oferta de a contracta (art. 1.188 C. civ.), o propunere constituie ofertă de a contracta dacă aceasta conține suficiente elemente pentru formarea contractului și exprimă intenția ofertantului de a se obliga în cazul acceptării ei de către destinatar; oferta poate proveni de la persoana care are inițiativa încheierii contractului, care îi determină conținutul sau, după împrejurări, care propune ultimul element esențial al contractului. Acceptarea ofertei (art. 1.196 C. civ.) este orice act sau fapt al destinatarului constituie acceptare dacă indică în mod neîndoiește acordul său cu privire la ofertă, astfel cum aceasta a fost formulată, și ajunge în termen la autorul ofertei.

Conform art. 1.204 C. civ., consimțământul trebuie să respecte anumite condiții: trebuie să fie serios, liber și exprimat în cunoștință de cauză, condiții care trebuie respectate și în cazul unui contract la încheierea căruia se utilizează IA.

Voința juridică este un element esențial al consimțământului, fiind un element complex din punct de vedere psihologic și juridic³¹.

Utilizarea IA la încheierea unui contract presupune diferențe față de încheierea contractului între două persoane fizice sau juridice, când există consimțământul acestora. Sistemul IA poate acționa în numele unei persoane, pe temeiul că și-a manifestat voința ca IA să încheie contractul. Totuși, este posibil ca IA să încheie un contract pe care persoana care a utilizat IA la încheierea contractului nu reușește să-l înțeleagă, nefiindu-i clar ceea ce și-a asumat prin contractul respectiv; este valabil contractul? Ce se întâmplă dacă sistemul IA acționează arbitrar, sau are erori, sau dacă există alte probleme legate de datele folosite de IA sau de lipsa datelor, care determină încheierea unui contract? Este necesar un proces transparent în utilizarea IA și trebuie să existe posibilitatea de a remedia erorile.

Este valabil un contract dacă părțile nu înțelege deciziile IA în procesul de negociere sau încheiere a contractului, și, ulterior, procesul de încheiere a contractului rămâne neclar? Din acest motiv, dezvoltatorii sistemului IA trebuie să ia măsuri astfel încât contractele încheiate prin intermediul IA să fie transparente și ușor de înțeles pentru părțile implicate.

Consimțământul este dat de persoană sau de IA?

Se consideră că, în modelarea cognitivă și software, inteligența artificială (pentru care autorul folosește noțiunea de „personoid”) este „o abordare de cercetare a dezvoltării agenților autonomi inteligenți și reprezintă un „cadru de agent inteligent abstract cu o inteligență cognitivă și

³⁰ A se vedea și C. Macovei, M.C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 16; și G. Boroș, L. Stănciulescu, *op. cit.*, pp. 94-95.

³¹ G. Boroș, L. Stănciulescu, *op. cit.*, p. 95.

structurală”, având posibilitatea de a învăța și de a acționa după o cercetare a efectelor acțiunilor³². Referitor la consimțământ, autorul arată în continuare că „personoidul” nu poate să genereze consimțământ, ci doar să exteriorizeze manifestări de voință” deoarece „sentimentele au o puternică determinare (cauzalitate) chimică și istorică (istoric personal, al omului, persoana fizică om)”. Din perspectivă juridică, „personoidul” este un simplu software care ajută profesionistul să ia decizii³³.

Astfel, în cazul unui contract la încheierea căruia se utilizează IA, voința aparține celui care exercită control asupra sistemului IA.

Pot exista vicii de consimțământ la încheierea contractelor pe baza IA? Răspunsul ar trebui să fie da, așa cum există la orice alt contract, atât eroare, dol [și chiar violență (prin inducerea unei temeri de către elemente stabilite de sistemul de inteligență artificială sau de către o altă persoană)], deoarece pot fi erori în programarea algoritmilor iar sistemul de IA execută automat anumiți pași, pot fi omise informații esențiale pentru o parte contractantă (care nu au fost incluse în sistemul de IA), pot fi inserate clauze abuzive, poate exista un acces limitat la informații necesare pentru persoana care contractează etc.

Obiectul contractului (art. 1.225 C. civ.) îl reprezintă operațiunea juridică (de ex. vânzarea, locațiunea, împrumutul) convenită de părți, astfel cum aceasta reiese din ansamblul drepturilor și obligațiilor contractuale; acesta trebuie să respecte anumite condiții: să fie determinat și licit, sub sancțiunea nulității absolute. Obiectul obligației (art. 1.226 C. civ.) este prestația la care se angajează debitorul; sub sancțiunea nulității absolute, el trebuie să fie determinat sau cel puțin determinabil și licit.

Condițiile cu privire la obiectul contractului și la obiectul obligației³⁴ trebuie respectate și în cazul în care se încheie contractul pe baza inteligenței artificiale. Obiectul contractului și obiectul obligației trebuie să fie clar definite astfel încât să permită executarea contractului. Se pune problema dacă sistemul de inteligență artificială folosit la încheierea contractului este conceput în așa fel încât să asigure respectarea legislației la încheierea contractului. Este necesar ca dezvoltatorii sistemului de IA să se asigure că IA stabilește obiectul contractului și obiectul obligației în mod clar pentru părți. Referitor la obiectul obligației în cazul unui contract încheiat prin IA, este posibil să fie menționate anumite condiții specifice sau limitări cu privire la modul în care se va executa prestația, mai ales dacă prestația se execută prin mijloace automatizate.

Referitor la cauză (art. 1.235-1.239 C. civ.), aceasta este definită ca motivul care determină fiecare parte să încheie contractul (art. 1.235 C. civ.) și trebuie să respecte anumite condiții³⁵: să existe, să fie licită și morală; să nu fie contrară legii și ordinii publice; să nu fie contrară bunelor moravuri.

Condițiile cu privire la cauză trebuie respectate și în cazul încheierii contractului prin intermediul inteligenței artificiale. De exemplu, nu este permis ca un sistem IA să fie utilizat pentru încheierea unui contract care presupune activități ilegale sau imorale, iar sistemul IA trebuie să fie pregătit să gestioneze corect astfel de situații, conform legii. În plus față de analiza tradițională a

³² Andrei Săvescu, *Despre consimțământul exprimat de personoid. Considerații privind Inteligența Artificială și consimțământul*, 27.01.2023, paragraf 1, disponibil la <https://www.juridice.ro/817970/despre-consimtamantul-exprimat-de-personoid-consideratii-privind-inteligenta-artificiala-si-consimtamantul.html> (20.02.2023).

³³ *Ibidem*; A se vedea și opinia în sensul că omul are liber arbitru, însă și roboții vor trebui, pentru a fi utili, să aibă o formă de liber arbitru, ceea ce înseamnă că trebuie programați în acest sens, în John McCarthy, *Free Will—Even For Robots*, Computer Science Department Stanford University Stanford, p. 1, disponibil la <http://www-formal.stanford.edu/jmc/> (10.02.2023).

³⁴ A se vedea și C. Macovei, M.C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 19; și G. Boroi, L. Stănciulescu, *op. cit.*, pp. 115-120.

³⁵ A se vedea și C. Macovei, M.C. Dobrilă, *op. cit.*, p. 20; și G. Boroi, L. Stănciulescu, *op. cit.*, pp. 120-123.

condițiilor privind cauza, aceasta ar putea fi analizată și prin raportare la cei care au creat și asigurat funcționarea sistemului IA folosit la încheierea contractului, care au urmărit inovarea și dezvoltarea unui sistem de inteligență artificială care să fie utilizat la negocierea și la încheierea contractului și care să permită automatizarea acestor etape. Raportat la utilizatorii unui sistem IA pentru încheierea contractelor, când se analizează cauza, trebuie să vedem care a fost motivul determinant pentru a folosi IA la încheierea contractului (motive legate de avantajele care țin de reducerea de costuri, de timp, claritate a contractelor, eficiență, reducerea erorilor, pentru a beneficia de un proces mai eficient și mai transparent de a încheia contractele etc.).

Grupul de experți la nivel înalt privind inteligența artificială al Comisiei Europene (AI HLEG) indică faptul că o „IA fiabilă” trebuie să îndeplinească trei componente, pe toată durata ciclului de viață al sistemului: să fie legală (să respecte legea), să fie etică (respectarea principiilor și a valorilor etice); și să fie solidă, atât din punct de vedere tehnic și socială, deoarece sistemele IA pot provoca daune neintenționate³⁶.

Trebuie să fie analizată și răspunderea pentru modul în care se încheie un contract de către un sistem de IA. De exemplu, atunci când IA a încheiat un contract care nu respectă condițiile impuse de lege sau în cazul în care există erori, probleme de funcționare, răspunderea aparține dezvoltatorilor sistemului de IA, care au configurat sistemul pentru respectarea legii. Intervine o nevoie de a asigura acces la o cantitate mare de date și nevoia de a fi făcute actualizări în mod continuu.

Propunerea de Directiva privind răspunderea pentru IA din iulie 2022³⁷ este strâns legată de Legea privind inteligența artificială și se aplică în momente diferite (prevenirea apariției prejudiciilor vs. obținerea de despăgubiri pentru apariția prejudiciilor) și se consolidează reciproc. În cazul în care regulile privind siguranța nu sunt respectate, sunt necesare dispoziții privind răspunderea pentru a garanta că, în cazul în care un risc se materializează în apariția unor prejudicii, există șansa echitabilă a persoanei la o despăgubire efectivă³⁸. În expunerea de motive se arată că un studiu din 2020³⁹ a indicat problema răspunderii printre primele trei obstacole în calea utilizării IA de către întreprinderile europene și a fost menționată ca fiind cel mai relevant obstacol extern, 43 %, pentru întreprinderile care intenționează să adopte IA, dar care nu au adoptat-o încă.

Referitor la adoptarea IA în întreprinderi, un studiu arată că există un procent al celor care folosesc cel puțin o tehnologie IA de 42%, față de un procent de 40% pentru cei care nu folosesc în prezent IA și nici nu intenționează să o folosească în următorii doi ani; 18% din întreprinderi intenționează să adopte IA în următorii doi ani, în ciuda faptului că în prezent nu utilizează soluții

³⁶ Grupul de experți la nivel înalt privind inteligența artificială al Comisiei Europene, *Orientări în materie de etică pentru o inteligență artificială (IA) fiabilă*, cit., p. 2.

³⁷ Propunere de Directivă a Parlamentului European și a Consiliului privind adaptarea normelor în materie de răspundere civilă extracontractuală la inteligența artificială (Directiva privind răspunderea în materie de IA), COM/2022/496 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX:52022PC0496> (15.02.2023).

³⁸ A se vedea și Comisia Europeană, Întrebări și răspunsuri: Directiva privind răspunderea pentru IA, 28 septembrie 2022, disponibilă la https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/ro/QANDA_22_5793 (15.02.2023).

³⁹ Comisia Europeană, *European enterprise survey on the use of technologies based on artificial intelligence*, (Ancheta europeană realizată în rândul întreprinderilor privind utilizarea tehnologiilor bazate pe inteligența artificială), studiu realizat de Ipsos Belgium, iCite, 2020, Raport final, p. 58, disponibil la <https://op.europa.eu/ro/publication-detail/-/publication/f089bbac-f0b0-11ea-991b-01aa75ed71a1> (27.02.2023).

AI în cadrul întreprinderii lor. Studiul arată că un sfert (25%) dintre întreprinderi utilizează cel puțin două tehnologii AI⁴⁰.

Trebuie observat faptul că în Codul civil nu există o reglementări distincte cu privire la folosirea IA la negocierea și la încheierea contractelor, respectiv la executarea acestora, ceea ce reprezintă la acest moment o problemă. Considerăm că trebuie să fie introduse unele dispoziții care să facă referire expresă la situația contractelor încheiate pe baza IA deoarece este necesară clarificarea situației în care este utilizată IA la negocierea și încheierea contractelor, scopul fiind acela de a asigura protecția intereselor părților implicate în negocierea și încheierea contractelor, precum și respectarea dispozițiilor legale. Ar trebui să fie reglementată expres obligația de informare a părților cu privire la faptul că este folosit un sistem IA la încheierea contractului în sensul că trebuie ca părțile să fie clar informate și să le fie explicat în mod concis, transparent, pe înțelesul lor, ușor de înțeles, ce semnificație are utilizarea IA la încheierea contractului și care este specificul unui astfel de contract față de încheierea tradițională a unui contract. Ar trebui să existe pentru cei care programează sistemul IA care va fi folosit la încheierea contractului o obligație de a se asigura că IA respectă legislația, de a acționa în mod transparent, de a respecta normele privind protecția datelor cu caracter personal (GDPR), inclusiv o obligație cu privire la crearea unor sisteme de control care să monitorizeze sistemul IA și modul în care acționează la încheierea contractelor, pentru a preveni erorile și încălcarea intereselor părților contractante. Ar trebui să existe dispoziții cu privire la responsabilitatea celor care au creat un sistem IA destinat utilizării pentru încheierea contractelor și cu privire la limitele răspunderii, astfel încât să răspundă pentru problemele care țin de funcționarea sistemului IA la încheierea contractului.

Contractele inteligente și utilizarea inteligenței artificiale la încheierea contractelor

Pornind de la definiția dată de Nick Szabo în anii '90 (ca autor care a conturat la început conceptul de contract inteligent), contractul inteligent reprezintă „un protocol de tranzacție computerizat care execută termenii unui contract”, iar „obiectivele generale privind proiectarea contractelor inteligente sunt de a satisface condițiile contractuale obișnuite (cum ar fi condițiile de plată, garanțiile, confidențialitatea și chiar aplicarea legii), de a minimiza excepțiile intenționate, dar și pe cele accidentale și de a minimiza nevoia de intermediari”⁴¹, fiind dat ca exemplu automatul care preia banii și distribuie automat produse, fără intervenție umană. Autorul arată că obiectivele economice conexe includ aspecte privind reducerea pierderilor determinate de fraudă, a costurilor de arbitraj, de executare și a altor costuri legate de contract⁴², dar și oportunitățile de a crea noi tipuri de afaceri bazate pe contracte inteligente⁴³. În acest fel, scopul este de a îmbunătăți eficiența prin reducerea de obstacole și cheltuieli care ar afecta beneficiile tranzacțiilor.

Se arată că un rol important pentru încheierea contractelor inteligente este aptitudinea de a permite „comunicarea semantică a tranzacției” între părțile implicate în tranzacție. Există în aceste contracte anumite acțiuni întreprinse de software care sunt ascunse unei părți la încheierea contractului. Exemplul dat de autor pentru a sublinia ideea se referă la aparatele POS din magazinele alimentare, care nu comunică clienților dacă numele lor vor rămâne asociate cu achizițiile făcute, cu păstrarea într-o bază de date; astfel, prin astfel de acțiuni ascunse ale software-ului, clientul oferă informații care sunt colectate de la client, fără a cunoaște acest lucru și fără

⁴⁰ *Idem*, p. 9.

⁴¹ Nick Szabo, *Smart Contracts*, 1994, disponibil la <https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html> (22.02.2023).

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem*.

acordul său⁴⁴. Problema care se pune este că operațiunea a fost concepută într-un mod în care să fie ascunse părți importante ale acelei tranzacții de către client.

Nick Szabo consideră contractele inteligente ca mijloace care „combină protocoalele cu interfețele utilizator pentru a oficializa și a securiza relațiile prin rețelele de calculatoare. Obiectivele și principiile pentru proiectarea acestor sisteme sunt derivate din principiile juridice, teoria economică și teoriile protocoalelor fiabile și sigure”⁴⁵.

Contractele inteligente sunt definite ca „un protocol special menit să contribuie, să verifice sau să implementeze negocierea sau executarea contractului, fără intervenția terților, într-un mod trasabil și ireversibil”. Este interesant că autorul (deși apreciază eficacitatea acestor contracte și le consideră un „instrument de neprețuit”) afirmă că „un contract inteligent nu este un contract, în sens legal” și pune întrebarea dacă aceste contracte inteligente „sunt contracte în sens juridic sau doar o inovație cu efect perturbator asupra mediului juridic și care sunt beneficiile și potențialele amenințări ale acestora”⁴⁶.

Există și opinia despre contractele inteligente în sensul că „nu sunt, în principiu contracte de sine stătătoare, ci forme de încheiere a contractelor, coduri computerizate menite să execute automat o operațiune determinată” iar contractul inteligent „nu este, contrar numelui său, un contract propriu-zis” ci „este un mod de expunere într-un limbaj codificat a unor reguli stabilite de părți printr-o convenție”, însă aceste contracte ar putea fi similare contractelor clasice din anumite puncte de vedere⁴⁷.

Referitor la modul în care funcționează contractele inteligente, se arată că acesta este un termen folosit pentru a descrie un cod computerizat care execută automat tot sau o parte a unui acord iar codul poate fi fie singura manifestare a acordului dintre părți, fie poate completa un contract tradițional bazat pe text și poate executa anumite prevederi⁴⁸. Întrebarea de mai sus este pusă și de alt autor, în sensul că trebuie analizat dacă un contract inteligent este aplicabil din perspectiva dreptului contractelor⁴⁹.

Considerăm că utilizarea contractelor smart este o realitate și o necesitate, într-o societate în care tehnologiile au evoluat iar evoluția tehnologiilor nu poate fi oprită pentru faptul că există riscuri sau neajunsuri, ci dimpotrivă trebuie luate măsuri pentru a fi înlăturate sau atenuate. Considerăm contractele inteligente drept contracte în sens juridic, care utilizează tehnologii moderne și coduri pentru încheierea și aplicarea clauzelor din contract, cu avantaje care țin de eficiență, reducere de costuri, reducere de timp, și care oferă o siguranță mai mare deoarece sunt reduse riscurile de fraudă, neînțelegeri etc. „Efectul perturbator asupra mediului juridic” trebuie interpretat în sensul că acest tip de contract presupune schimbări majore și utilizarea acestora aduce schimbări în mediul juridic, însă deși există riscuri conexe, schimbările indicate nu trebuie privite în sens negativ, ci trebuie să ne gândim la posibilitatea de a interveni (dezvoltatori,

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Nick Szabo, *Smart contracts: formalizing and securing relationships on public networks*. First Monday 2(9), 1997, disponibil la <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548> (02.02.2023).

⁴⁶ Victor Marcusohn, *Contractele inteligente, o nouă etapă în cadrul dreptului contractelor?*, 14.12.2022, disponibil la <https://www.juridice.ro/813312/contractele-inteligente-o-noua-etapa-in-cadrul-dreptului-contractelor.html> (12.02.2023).

⁴⁷ Andrada-Maria Mocanu, Andreea-Corina Marcu, *Natura juridică a contractelor smart*, 16.08.2021, *Juridice*, disponibil la https://www.juridice.ro/744628/natura-juridica-a-contractelor-smart.html#_ftnref6 (12.02.2023).

⁴⁸ Stuart D. Levi, Alex B. Lipton, *An Introduction to Smart Contracts and Their Potential and Inherent Limitations*, 26.05.2028, disponibil la <https://corpgov.law.harvard.edu/2018/05/26/an-introduction-to-smart-contracts-and-their-potential-and-inherent-limitations/> (15.02.2023).

⁴⁹ *Ibidem*.

utilizatori) pentru a remedia problema. Nu există posibilitatea de apăsa un întrerupător și de a stinge „lumina” contractelor inteligente în cazul în care apar probleme și nici nu trebuie să existe această posibilitate deoarece în acest fel pot evolua tehnologiile folosite!

Trebuie observat că IA și contractele inteligente sunt două tehnologii⁵⁰ care revoluționează și care aduc multe schimbări; însă nu trebuie confundat contractul inteligent/ contractul smart cu situația în care se negociază și se încheie un contract prin IA.

Contractul inteligent înseamnă o tehnologie, un program care rulează pe blockchain (care este o tehnologie de stocare și de transmitere de informații, bazată pe o stocare de informații în blocuri care sunt interconectate și care cuprind mai multe tranzacții)⁵¹, doar dacă sunt îndeplinite anumite condiții prestabilite și care, dacă sunt îndeplinite determină o executare automată.

În Rezoluția Parlamentului European din 13 decembrie 2018, referitoare la Tehnologia *blockchain*: o politică comercială orientată spre viitor, deși se pun accent pe avantajele privind utilizarea contractelor inteligente”, se face o mențiune despre contractele inteligente în sensul că acestea „pot să nu fie suficient de mature pentru a fi considerate aplicabile din punct de vedere juridic în cadrul oricărui regulament sectorial și este necesară o evaluare suplimentară a riscurilor”⁵².

Folosirea IA la încheierea contractului marchează o evoluție, în sensul că un contract inteligent ajunge să fie considerat „mai inteligent” prin încheierea prin IA. IA este următoarea etapă pentru contractele inteligente, iar IA va spori eficacitatea și adaptabilitatea acestora, va face predicții privind negocierea, privind încheierea sau executarea contractului pentru a alege cea mai bună cale către încheierea sau executarea unei convenții, IA va propune clauze care să asigure succesul negocierilor, prin analiza un contracte încheiate anterior, IA va analiza contracte încheiate anterior pentru a introduce elemente din acestea într-un nou contract.

Folosirea IA la încheierea contractului inteligent va permite automatizarea proceselor complexe de afaceri și va permite inovarea, revoluționând împreună multe aspecte ale vieții.

IA poate fi integrată în contractele inteligente pentru a duce la auto-învățare, iar cu cât IA are mai multe date, cu atât va putea prezice mai bine rezultate, însă IA necesită multe resurse de calcul⁵³.

Încheierea contractelor prin intermediul inteligenței artificiale și protecția datelor cu caracter personal conform GDPR

Utilizarea IA la negocierea și încheierea contractelor trebuie privită în legătură cu respectarea Regulamentului (UE) 2016/679 al Parlamentului European și al Consiliului din 27 aprilie 2016 (GDPR)⁵⁴, în vigoare din 25 mai 2016, care reprezintă textul de referință în plan european cu

⁵⁰ Pentru devoltări a se vedea și Liwei Ouyang, Wenwen Zhang, Fei-Yue Wang, *Intelligent contracts: Making smart contracts smart for blockchain intelligence*, Computers and Electrical Engineering, Volume 104, Part B, December 2022, disponibil la <https://doi.org/10.1016/j.compeleceng.2022.108421> (10.02.2023); și Ahmed S. Almasoud, Maged M. Eljazzar, F. Hussain, *Toward a Self-Learned Smart Contracts*, 2018 IEEE 15th International Conference on e-Business Engineering (ICEBE), pp. 1-5, disponibil la <https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1812/1812.10485.pdf> (12.02.2023).

⁵¹ Deși pot exista contracte inteligente care funcționează fără tehnologia Blockchain, fiind bazate pe alte tehnologii.

⁵² Rezoluția Parlamentului European din 13 decembrie 2018, referitoare la tehnologia *blockchain*: o politică comercială orientată spre viitor, JO C 388, 13.11.2020, disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0528&qid=1610990331483> (25.02.2023).

⁵³ A. S. Almasoud, M. M. Eljazzar, F. Hussain, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁴ 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

privire la protecția datelor cu caracter personal. Dreptul fundamental la protecția datelor este consacrat în art. 8 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene⁵⁵ și în tratate, în art. 39 din Tratatul privind Uniunea Europeană (TUE) și în art. 16 din Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene (TFUE), iar în art. 7 din Cartă este consacrat dreptul la respectarea vieții private și de familie.

Prelucrarea datelor cu caracter personal trebuie să respecte anumite principii⁵⁶ indicate în art. 5 Regulamentul (UE) 2016/679: legalitate, echitate și transparență față de persoana vizată; prelucrare a datelor cu caracter personal în condiții de transparență; principiul al reducerii la minimum a datelor; principiul limitării scopului (prelucrarea datelor în scopuri determinate, explicate și legitime); exactitate; limitări legate de stocare; prelucrarea datelor trebuie realizată într-un mod care asigură securitatea adecvată a datelor cu caracter personal (integritate și confidențialitate).

Principalele riscuri legate de utilizarea IA vizează aplicarea normelor menite să protejeze drepturile fundamentale, iar protecția datelor cu caracter personal și a vieții private este enumerată în *Cartea albă privind Inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere*⁵⁷, din 2020, în categoria principalelor riscuri legate de utilizarea IA.

Cartea Albă privind Inteligența artificială din 2020 este în strânsă legătură cu *Strategia europeană privind datele din 2020*⁵⁸, care se concentrează pe poziționarea oamenilor pe primul loc în dezvoltarea tehnologiilor și în care se arată că „disponibilitatea datelor este esențială pentru antrenarea sistemelor de inteligență artificială, având în vedere că produsele și serviciile evoluează rapid de la recunoașterea modelelor și generarea de informații la tehnici de prognoză mai sofisticate și, prin urmare, la decizii mai bune”. În Strategie se arată că disponibilitatea datelor reprezintă un risc pentru un veritabil spațiu european comun al datelor, care presupune utilizarea și reutilizarea datelor; prezintă relevanță cine este deținătorul de date și utilizatorul de date, însă se face distincție în funcție de natura datelor implicate: date cu caracter personal, date fără caracter

și de abrogare a Directivei 95/46/CE (Regulamentul general privind protecția datelor), JO L 119, 4.5.2016, Rectificare, JO L 127, 23.5.2018, disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A02016R0679-20160504> (20.02.2023).

⁵⁵ Articolul 8 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, cu privire la protecția datelor cu caracter personal prevede: „(1) Orice persoană are dreptul la protecția datelor cu caracter personal care o privesc. (2) Asemenea date trebuie 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. (3) Respectarea acestor norme se supune controlului unei autorități independente”.

⁵⁶ Prelucrarea datelor cu caracter personal la încheierea/executarea unui contract și principiile care trebuie respectate au fost analizate anterior și în Mirela Carmen Dobrilă, *RGPD/GDPR: Prelucrarea datelor cu caracter personal la încheierea/executarea unui contract. Unele particularități privind prelucrarea datelor cu caracter personal în condițiile crizei COVID-19*, în Volumul Sesiunii științifice „Starea excepțională și alerta ordinii de drept. Implicații juridice ale crizei sanitare generată de pandemia Covid-19”, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, București, Ed. Universul Juridic, București, 2021, pp. 77-86, disponibil la <https://folkarchivecluj.academia.edu/juridicinstitut> (10.02.2023).

⁵⁷ Comisia Europeană, *Cartea Albă privind Inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere*, Bruxelles, 19.2.2020, COM(2020) 65 final, disponibilă al https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065&WT_mc_id=Twitter (15.02.2023).

⁵⁸ Comunicare a Comisiei către Parlamentul European, Consiliu, Comitetul Economic și Social European și Comitetul Regiunilor: O Strategie Europeană Privind Datele (COM/2020/66 final), disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/ALL/?uri=CELEX:52020DC0066> (15.02.2023).

personal⁵⁹ sau seturi de date mixte care combină cele două tipuri. Regulamentul privind libera circulație a datelor fără caracter personal⁶⁰ (care completează Regulamentul general privind protecția datelor/ GDPR) are ca obiectiv asigurarea posibilității de a prelucra liber în UE a datelor electronice, altele decât datele cu caracter personal, în condiții de siguranță.

Conform orientărilor de la nivel european, persoanele vizate trebuie informate într-o formă concisă și transparentă, adică operatorii trebuie să informeze persoana vizată eficient și succint. Referitor la încheierea contractelor, aceste informații trebuie diferențiate în mod clar de alte informații, cum ar fi dispozițiile contractuale⁶¹.

Prelucrarea datelor cu caracter personal în cazul în care este utilizată IA la încheierea și executarea unui contract în baza art. 6 alin. (1) lit. b) GDPR vizează două aspecte. Mai întâi se referă la prelucrarea datelor cu caracter personal *pentru încheierea unui contract* la care persoana vizată este parte (înainte de încheierea contractului, raporturile precontractuale), iar prelucrarea datelor este necesară pentru a face demersuri la cererea persoanei vizate înainte de încheierea unui contract (de exemplu date cu caracter personal necesare pentru oferta de a contracta, pentru contraofertă, pentru etapa negocierilor). Apoi se are în vedere prelucrarea datelor cu caracter personal care este necesară *pentru executarea unui contract* la care persoana vizată este parte, fiind date ca exemplu în orientările de la nivel european: prelucrarea adresei persoanei vizate pentru livrarea bunurilor cumpărate online, prelucrarea detaliilor privind cardurile de credit pentru a efectua plata⁶².

În cazul utilizării inteligenței artificiale la negocierea și la încheierea contractului, se pune problema informării corecte a persoanei vizate cu privire la folosirea datelor cu caracter personal de către IA („într-o formă concisă, transparentă, inteligibilă și ușor accesibilă”, conform art. 12 GDPR), precum și problema dacă se asigură o veritabilă respectare a drepturilor persoanei vizate⁶³ și dacă sunt luate măsuri în acest sens.

Este necesară respectarea principiilor privind prelucrarea datelor (art. 5 GDPR), respectarea drepturilor persoanelor fizice (art. 12-23 GDPR) și asigurarea securității datelor (art. 25 și art. 32 GDPR).

⁵⁹ A se vedea Comunicarea Comisiei Către Parlamentul European Și Consiliu: Orientări referitoare la Regulamentul privind un cadru pentru libera circulație a datelor fără caracter personal în Uniunea Europeană, COM(2019) 250 final, disponibilă la <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/HTML/?uri=CELEX:52019DC0250&from=EN> (10.02.2023).

⁶⁰ Regulamentul (UE) 2018/1807 al Parlamentului European și al Consiliului din 14 noiembrie 2018 privind un cadru pentru libera circulație a datelor fără caracter personal în Uniunea Europeană, JO L 303, 28.11.2018, disponibil la <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2018/1807/oj?locale=ro> (15.02.2023); Conform din art. din acest Regulament, datele fără caracter personal înseamnă „date, altele decât datele cu caracter personal definite la articolul 4 punctul 1 din Regulamentul (UE) 2016/679”.

⁶¹ Grupul de lucru instituit în temeiul articolului 29, *Orientări privind transparența în temeiul Regulamentului 2016/679*, adoptate la 29 noiembrie 2017, revizuite și adoptate ultima dată la 11 aprilie 2018, p. 7, disponibil în format electronic la <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en> (25.02.2023).

⁶² Grupul de lucru „Articolul 29”, Avizul 06/2014 privind noțiunea de interese legitime ale operatorului de date în temeiul articolului 7 din Directiva 95/46/CE (WP 217), p. 18, disponibil la https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp217_ro.pdf (20.02.2023).

⁶³ Sunt drepturi ale persoanei vizate, cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal: dreptul la informare, dreptul de acces, dreptul la rectificare, dreptul la ștergerea datelor (dreptul de a fi uitat), dreptul la restricționarea prelucrării, dreptul la portabilitatea datelor, dreptul la opoziție, dreptul de a nu face obiectul unei decizii bazate exclusiv pe prelucrarea automată, dreptul de a depune o plângere la o autoritate de supraveghere (cap. III GDPR).

Considerații finale privind încheierea contractelor și inteligența artificială: va fi preferată încheierea contractelor prin IA vs. modul tradițional de încheiere a contractelor?

Utilizarea IA la încheierea contractelor are avantaje majore privind eficiența, reducerea costurilor, timp mai scurt pentru negocierea și încheierea contractelor, avantaje care țin de calitatea contractelor încheiate deoarece IA poate identifica probleme, riscuri și poate procesa informațiile pentru formularea unor clauze clare în contract. Ca avantaje, sistemul IA interpretează date sau contracte anterioare, poate face predicții pe baza informațiilor și asigură luarea unor decizii la negocierea și la încheierea contractului, și poate face predicții și cu privire la executarea contractului; procesul de negociere și de încheiere a contractului este automatizat; IA poate contribui la înlăturarea erorilor și înlăturarea problemelor privind interpretarea; IA poate asigura monitorizarea executării obligațiilor contractuale și poate anticipa apariția unor posibile neexecutări de obligații. Astfel, IA poate contribui la îmbunătățirea calității contractelor, însă există și probleme legate de costurile de implementare, nevoia unei cantități mari de date, iar datele să fie corecte, probleme legate de date inexacte, probleme legate de responsabilitatea pentru erori în sistemul IA sau erori făcute de IA care aplicând algoritmul ajunge la o soluție nepotrivită, precum și riscurile cu privire la modul în care IA folosește datele, mai ales datele cu caracter personal.

Este necesar ca persoanele vizate trebuie informate în mod clar, concis, transparent cu privire la prelucrarea datelor lor personale în cazul în care contractul este încheiat prin intermediul inteligenței artificiale.

Se pun câteva probleme legate de întrebarea legată de modul „inteligent” în care poate fi folosită inteligența artificială la negocierea și executarea contractelor. Poate un sistem IA să aprecieze atât obiectiv cât și subiectiv anumite circumstanțe care țin de negocierea, de încheierea contractului sau de neexecutarea unui contract, pot fi făcute de către IA modificări sau adaptări în funcție de astfel de situații? Este greu de crezut că aplicarea automată a unei soluții generate de sistemul IA, bazat pe experiențe anterioare, predicții, recomandări etc., va putea să schimbe preferința (cel puțin în parte) pentru modul tradițional de încheiere a contractelor, care permite o flexibilitate mai mare, de care oamenii au nevoie la încheierea contractelor, dincolo de avantaje.

Dincolo de necontestatele avantaje ale utilizării inteligenței artificiale, încheiem cu întrebarea dacă voința liberă a omului, manifestată la încheierea contractului, nu este afectată uneori, în sens negativ, tocmai prin aceste tehnologii inteligente, bazate matematic pe algoritmi, cifre și calcule matematice, în detrimentul logicii și a inteligenței umane? și dacă nu cumva, tocmai prin aceste tehnologii inteligente, care determină unele tendințe de comportament, care uneori chiar declanșează consimțământul, dar în mod matematic, și care pot ajunge să exploateze vulnerabilitățile oamenilor, pe baza unei prealabile „citiri matematice a gândurilor” bazată pe interpretarea de rezultate anterioare, nu se pierde esența, dacă ne limităm la o simplă înlocuire a factorului uman, în loc de o utilizare rațională a inteligenței artificiale? inimă, suflet și inteligență umană vs. calcul, algoritmi și inteligență dar „artificială”?

Totuși, considerăm că pentru a avea pe viitor contracte dinamice, care să țină pasul cu dezvoltarea societății și a tehnologiilor inteligente, care să se adapteze circumstanțelor, care să se adapteze la schimbări, IA va avea un rol semnificativ la negocierea, încheierea și executarea contractelor. Însă e necesar să fie dezvoltate de sisteme de inteligență artificială care să permită negocierea și încheierea contractelor într-un mod transparent și echitabil.

Considerăm că se impune o modificare a Codului civil, care nu cuprinde o reglementare distinctă cu privire la folosirea IA la negocierea și la încheierea contractelor, respectiv la executarea acestora, în sensul că ar fi necesară introducerea unor dispoziții care să facă referire expresă la situația contractelor încheiate pe baza IA pentru a clarifica situației în care este utilizată

IA la negocierea și încheierea contractelor, scopul fiind acela de a asigura protecția intereselor părților implicate.

Mai mult, utilizarea IA în contractele inteligente poate contribui la adaptabilitate acestora, le poate face mai eficiente, mai sigure și mai potrivite. În mod sigur, contractele inteligente și utilizarea inteligenței artificiale la negocierea și încheierea contractelor vor fi elemente cheie ale viitorului contractelor, însă va fi nevoie de luarea unor măsuri eficiente de protecție a datelor și de respectare a drepturilor și libertăților individuale.

Caracterizarea noțiunii de fază post-contractuală

[Definition of Post-Contractual Period]

CS III, dr. Radu STANCU*

Abstract: The material aims to (re)introduce into the debate the contract, specifically the last stage of the three that define what might be called the contractual process. The contract seen in its chronological dynamics is divided, at the beginning by jurisprudence and doctrine, and now also by the legislator through the civil reforms, into two phases, namely the pre-contractual phase and the actual execution phase of the contract. However, since the 1980s, specialists, especially French specialists, have distinguished a third phase, namely the post-contractual phase. Given the nature of the scientific event, this study is limited to presenting the intellectual construction of this view of the outcome of manifestations of will made with the intention of producing legal effects.

Keywords: Civil Law; Comparative Law; Contract; Contract Negotiations; Contract Enforcement; Post-contractual

Introducere

În dinamica „contractului” pe axa timpului se disting în actualele coduri civile din lume două faze clare, respectiv etapa precontractuală (art. 1.182 și urm. C. civ.) și cea a executării contractului efectiv (art. 1.166 și urm. C. civ.).

Din perspectiva noastră¹, prima fază caracteristică încheierii contractului, este divizată într-o primă etapă a discuțiilor ce poate da naștere unei răspunderi civile delictuale și într-o secundă etapă caracteristică negocierilor ce stau sub riscul angajării unei răspunderi civile contractuale.

Cea de-a doua fază este dedicată în mod tradițional încadrării situației juridice dorită de către părțile contractante, căci „contractul este acordul de voințe dintre două sau mai multe persoane cu intenția de a constitui, modifica sau stinge un raport juridic” (art. 1.166 C. civ.).

Această secundă fază își consumă substanța pe măsură ce contractul este executat iar legătura juridică dintre cocontractanți dispare odată cu încetarea efectelor acordului de voință dintre aceștia.

Dispariția contractului indiferent de cauza juridică a sa (*executare, reziliere, rezoluțiune etc.*) este totală, ne mai rămânând nimic, nici factual, nici juridic².

Totuși, rămâne ca mărturie în urma contractului ceea ce unii cercetători au numit ca fiind o „experiență contractuală”³. Experiența juridică variază evident de la un contract la altul în funcție de buna sau mai puțin buna executare a sa.

Contractul lasă urme mai presus de efectele juridice urmărite de părți prin acordul dintre dânsese. De pildă, părțile pot fi recunoscătoare unele față de altele, ori își pot purta ranchiună.

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; radu.stancu@icj.ro.

¹ R. Stancu, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle. Comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain à la lumière du droit européen*, teza de doctorat în Drept privat, Université de Strasbourg (Franța), 2015, www.theses.fr/2015STRAA025.

² Nu facem referire la înscrisuri ca elemente de probă.

³ I. Guillhen, *L'après-contrat*, teza de doctorat în Drept privat, Université Clermont Auvergne (Franța), 2020, www.theses.fr/2020CLFAD010.

Astfel, contractul produce efecte de natură psihologică. Apoi, contractul poate produce consecințe de ordin social prin crearea de noi parteneriate sau, dimpotrivă, de refuzul de a se mai asocia pe viitor din cauza experienței precedente. Desigur, contractul are urmări economice prin aducerea de beneficii sau pierderi părților.

Este așadar interesant să constatăm existența unor consecințe ce ies din sfera contractului încheiat inițial. În privința calificării juridice a acestor efecte post-contractuale, doctrina se divide în două tabere. Pe de-o parte, există părerea conform căreia consecințe sunt prelungirea contractului inițial, o legătură cauza-efect⁴. Din această optică, efectele care se produc la un timp îndelungat după încetarea raportului contractual sunt doar o consecință indirectă, secundară a acestuia din urmă. Cu alte cuvinte, și cum rezultă din înțelesul cuvântului compus, „*post-contractual este tot ce precedă contractului*”⁵.

Se pot exemplifica dreptul salariatului licențiat la indemnizații ori obligația sa de loialitate față de fostul angajator, cât și tacita reconducțiune și sancționarea abuzului de neprelungire a contractului⁶.

Pe de altă parte, sunt autori care consideră că aceste consecințe formează o realitate juridică diferită de dorințele inițiale manifestate de părți prin parafarea acordului *prim*.

Prezentul studiu își propune să analizeze prin comparație și de o manieră non-exhaustivă cele două poziții, căci reforma Codului civil român nu a manifestat un interes juridic punctual asupra urmării executării contractului.

În cele ce urmează vom creiona, într-un prim timp, o posibilă definiție juridică a noțiunii de faza *post-contractuala* (**I**), continuând cu o metodologie în elaborarea unei posibile *lex ferenda* și prezentarea unui regim juridic propriu (**II**).

I/Definirea juridică a noțiunii de „post-contract”

La prima vedere atenția ne este atrasă de semantica cuvântului „*post-contractual*”. În acest sens, dacă „*contractual*” luat ca adjectiv ne trimite la „*contract*”⁷, prefixul „*post*” dă noțiunii o semnificație de posteritate pe axa timpului. Putem vorbi de un moment anume dat, un moment a cărei definire depinde de un contract, deoarece îi succedă, dar care, totodată, îl exclude. În concret, prin „*post*” se înțelege atât „*mai târziu, posterior*” în timp, cât și „*mai departe, în alt loc*” în spațiu.

Un alt sens pe care îl dezvăluie prefixul „*post*” este cel de ierarhie, mai precis de „*un rang de inferioritate*”⁸. Prin lupa dreptului, o astfel de relație semantică se transpune în raportul dintre principal și accesoriul său.

Vertebrele juridice ce susțin coloana raportului contractual născător de efecte sunt evident clauzele contractuale. În mod firesc, atunci când contractul și-a atins scopul pentru care a fost încheiat, respectiv obiectul său (art. 1.225 C. civ.), clauzele se disipează.

Or, există anumite forme de acte juridice care nu urmează întotdeauna soarta contractului inițial tocmai prin existența unor clauze care au supraviețuit încetării contractului⁹.

⁴ N. Rontchevsky, *L'effet de l'obligation*, ed. ECONOMICA, Paris, 1998, p. 328.

⁵ F. Petit, *L'après-contrat de travail*, teza de doctorat în Drept, Université Bordeaux-I. Faculté de droit, des sciences sociales et politiques, 1994, p. 589.

⁶ L. Boyer, *Encyclopédie Dalloz*, def. „*contrats et conventions*”, n° 449 et ss.

⁷ „*ce rezulta din contract*”, G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, P.U.F., 8e éd., 2000.

⁸ I. Jeuge-Maynard (dir.), *Dictionnaire de français*, Larousse, v. „*après*”.

⁹ T. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, teza de doctorat, LGDJ, Paris, 2007, p. 548; M.-É. Andre, M.-P. Dumont et P. Grignon, *L'après-contrat*, Éd. Francis Lefebvre, Paris, 2005, p. 58.

O parte a doctrinei vorbește în atare situații despre o „*autonomie a clauzelor*”¹⁰. Totuși, ca parte dintr-un întreg, clauza contractuală nu poate exista complet autonom față de contractul în care a fost stipulată.

Apoi, poziționarea cronologică a post-contractului vis-a-vis de contract, impune prin analogie o trimitere la faza ante-contractuală sau pre-contractuală (art. 1.182 și urm. C. civ.). În acest din urmă caz, și așa cum am arătat în anterioarele noastre studii¹¹, faza pre-contractuală organizează juridic, prin fixarea unor etape, formarea și încheierea contractului. Totodată, părțile pot încheia anumite contracte specifice fazei de negocieri, acorduri de voință distincte de contractul ce se urmărește a fi încheiat.

În ciuda rolului său, faza pre-contractuală rămâne totuși în afara razei de influență a contractului. În virtutea acestei logici, cât și a motivelor mai sus arătate, un studiu aprofundat al fazei post-contractuale se impune.

Un criteriu obiectiv care delimitează faza contractuală de faza post-contractuală este distincția dintre efectele contractului și caracteristicile post-contractului.

Codul civil român dedică o întreagă secțiune (*a 6-a*) efectelor contractului. După modelul Codului civil francez, legiuitorul român, bifurcându-le în două categorii, între părți (art. 1.270-1.279 C. civ.) și față de terți (art. 1.280-1.294 C. civ.), prezintă efectele juridice ale contractului urmărind o desfășurare cronologică a raportului contractual.

Așadar, printr-o clasificare diacronică a dispozițiilor Codului civil român putem să grupăm efectele contractului în trei categorii¹². Într-o primă categorie se pot așeza efectele privind executarea spontană a obligațiilor prevăzute în contract. Aceste obligații sunt principale, fundamentate ori esențiale raportului contractual¹³.

O a doua categorie de efecte se poate constitui din modalitățile ce se aplică limitelor contractului și obligațiilor sale principale. Aceste modalități au rolul de a fixa limitele între executarea principală a obiectului contractului și faza ce începe imediat după încetarea contractului prin executare. Așadar, *modalitatea* ca noțiune iese în evidență prin structurarea exterioară a executării, bornând durata producerii de efecte¹⁴.

O a treia categorie de efecte include gestionarea consecințelor derulării executării contractului principal. Dreptul comun și-a concentrat atenția în special asupra gestionării soluțiilor privind neexecutarea contractului (art. 1.556 și urm. C. civ.).

Această categorie are o dublă funcție, respectiv în caz de litigiu se angajează obligațiile caracteristice răspunderii civile, reparării prejudiciului, restituirii ori a reechilibrării contractului. Cea de-a doua funcție se activează în caz de reușită a executării prin punerea în acțiune a obligațiilor de garanții, de non-concurență sau de secret, loialitate.

¹⁰ P. Ancel, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999. 771, spéc.n° 46; N. Gras, *Essai sur les clauses contractuelles*, teza de doctorat, LGDJ, Paris, 2018, p. 405.

¹¹ R. Stancu, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle...*, op. cit.; R. Stancu, *Buna credință precontractuală și răspunderea civilă. Studiu comparat*, Studii și cercetări juridice nr. 4/2015; R. Stancu, *Formarea contractelor în dreptul european. Dreptul german*, Revista de drept comercial nr. 7 și 8/2010; R. Stancu, *Formarea contractelor în dreptul european. Dreptul francez și belgian*, Revista de drept comercial nr. 5/2010; R. Stancu, *Natura juridică și efectele promisiunii bilaterale de a contracta sub condiția obținerii unui împrumut*, Revista Dreptul nr. 8 și 9/2009.

¹² I. Guillhen, *L'après-contrat*, op. cit., p. 47-48.

¹³ D. Mainguy, *Contrats spéciaux*, Dalloz, Cours, 10e éd., Paris, 2016, p. 25; N. Cardoso-Roulot, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, ed. L'Harmattan, Paris, 2008.

¹⁴ A. Etienney de Sainte-Marie, *La durée de la prestation. Essai sur le temps dans l'obligation*, teza de doctorat, LGDJ, Paris, 2008.

Printr-o astfel de clasificare este posibil să se facă distincția între efectele principale, efectele limitrofe și efectele de gestionare. Prima categorie privește executarea contractului în mod spontan și automat, în timp ce a doua și a treia categorie urmăresc o abordare la distanță față de contract, având o aplicare în funcție de o execuție reușită, ori eșuată.

Funcția fiecăreia dintre aceste categorii trebuie confruntată cu caracteristicile executării contractului și cele proprii fazei post-contractuale. În concret, funcția contractului se referă la executarea conținutului așa cum a fost prevăzut de părți, pe când funcția post-contractului constă în organizarea raporturilor juridice ale părților după încheierea contractului. Prin urmare, funcția post-contractuală acționează la interval de timp față de contract și propune oportunități prin raportarea la situația nou creată prin executare, ori soluții în caz de neexecutare.

În acest sens, putem afirma că doar prima categorie de obligații aparține domeniului contractual, în timp ce a doua și a treia categorie au funcții compatibile cu faza post-contractuală.

Dacă reluăm progresia dispozițiilor mai sus amintite ale Codului civil privind efectele contractului, putem deduce că cele trei categorii de efecte sunt structurate într-un raport contractual în trei timpi.

În primul rând, executarea spontană a obligațiilor corespunzătoare voinței părților, are loc în faza de executare a contractului. În al doilea rând, reflecția părților, cu privire la natura contractului, are loc în faza de executare. În al treilea rând, reflecția părților cu privire la o eventuală reînnoire a convenției dintre ele sau la alegerea unei soluții la neexecutare are loc după trecerea unei perioade de timp, deci la distanță, față de faza de executare.

De asemenea, trebuie subliniat faptul că această reflecție are loc în mod necesar după conștientizarea unui succes sau eșec al executării contractului sau a uneia dintre obligațiile principale asumate prin contract.

In fine, acțiunea ce privește angajarea răspunderii a unuia dintre contractanți sau de protecție a rezultatului contractului are loc în mod necesar în afara fazei principale de executare. Prin urmare, este posibilă ierarhizarea categoriilor de efecte ținând cont de distanța în timp față de momentul îndeplinirii obiectului contractului.

Clasificarea celor trei categorii de efecte juridice în domeniul contractual și post-contractual are drept consecință reorganizarea fiecăreia dintre aceste faze. Pe de o parte, faza contractuală este redusă fiind reorientată spre o mai bună omogenizare a executării contractului¹⁵. Pe de altă parte, faza post-contractuală, limitată în mod tradițional la clauzele post-contractuale, este extinsă la efectele raportului din categoria a 2-a și a 3-a menționate mai sus.

În pofida contradicției aparente, utilizarea unei forme juridice în cadrul noțiunii de post-contract este destul de coerentă, deoarece vizează, de cele mai multe ori, consecințe specifice, independente de contractul inițial.

Precum clauzele post-contractuale care își păstrează calificarea de „clauze” izvorâte din acordul inițial ce răspunde în același timp și cerințelor noțiunii de post-contract, trebuie să se înțeleagă că aceste consecințe își păstrează calificarea juridică de efecte, doar că adoptă o natură și post-contractuală.

Post-contractul își însușește astfel aceste norme juridice ca suport pentru exprimarea caracteristicilor sale¹⁶. Mai mult, tot sistemul de contractualizare nu alterează dimensiunea post-contractuală a operațiunii juridice efectuate. De exemplu, mecanismele de drept prin care se

¹⁵ S. Chassagnard-Pinet și D. Hiez (dir.), *La contractualisation de la production normative*, colloque, Centre René Demogue, 11-13 oct. 2007, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2008; J. Exbrayat, *La contractualisation du droit des personnes*, teza de doctorat, École doctorale Droit et Science Politique, Toulouse, 2018.

¹⁶ C. Caseau-Roche, *Les obligations postcontractuelles*, teza în Drept privat, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, p. 11.

modifică durata unui contract, și care acționează într-o fază intermediară între prestația principală și o eventuală lichidare sau prelungire a prestației, au tot aceeași portanță juridică post-contractuală precum clauzele care permit părților să și le însușească¹⁷.

Tot așa, rezoluțiunea legală conduce la restituirea prestațiilor ca urmare a retroactivității. Cu toate acestea, clauzele de restituire și clauzele care anihilează anumite elemente contractuale, cum ar fi clauzele rezolutorii, sunt recunoscute ca fiind deja post-contractuale¹⁸.

În ciuda faptului că legiuitorul nu face referire în mod direct la perioada post-contractuală, acest fapt nu împiedică ca textele referitoare la efectele indirecte, cât și la efectele de garanție, să facă mențiune în mod explicit la perioada post-contractuală. Analogia relevată între forma juridică și clauze ar da posibilitatea ca faza posterioară a contractului să se definească ca atare și, totodată, să aducă o reechilibrare a noțiunilor.

În acest fel, construcția binară a procedurii contractuale extinsă artificial dincolo de momentul stingerii contractului de dreptul pozitiv, limitată la faza pre-contractuală și la faza de executare a contractului, ar fi remodelată într-o construcție tripartită prin adăugarea fazei post-contractuale.

În consecință, și așa cum menționa profesorul Jean-Marc Mousseron în studiile domniei sale¹⁹, întreg procesul contractual este compus din trei fraze: *pre-contractul*, *contractul* și *post-contractul*.

Cum am afirmat mai sus, legiuitorul a codificat faza pre-contractuală deja consacrată de practica instanțelor de judecată. Faza executării contractului este clară, rezumată doar la îndeplinirea obligațiilor asumate prin manifestarea de voință de a încheia actul. Totuși, faza pre-contractuală rămâne *de lege ferenda* a fi clarificată juridic.

II/Încadrarea juridică a fazei post-contractuale

Pentru a putea anvizaja o *lex ferenda* specială fazei post-contractuale, trebuie ținut cont de „sensibilitatea” acestei faze la trecerea timpului. Astfel, evantaiul de reguli specifice trebuie să se deplieze cronologic.

Înainte de toate, faza post-contractuală se caracterizează printr-un polimorfism. Cu alte cuvinte, post-contractul poate să ia diferite forme juridice. Această caracteristică produce efecte inevitabil asupra regimului său juridic. Mai multe, configurări pe care le poate manifesta pot exista simultan, punând astfel dificultăți producerii de efecte post-contractuale.

În concret, varietatea formelor post-contractuale este consecința legăturii logice pe care faza post-contractuală o are cu rezultatul fazei principale de executare a contractului inițial. În acest sens, pot fi luate în calcul mai multe contracte post-contractuale în funcție de succesul sau eșecul contractului inițial cauzat de neexecutare sau proasta executare a sa.

Afară de acestea, varietatea formelor post-contractuale depinde de interesele reale sau nu ale părților ce urmează să fie protejate în faza post-contractuală.

Pot interveni în joc mai multe surse juridice ce au forța de a organiza faza post-contractuală. Astfel, în timp ce legiuitorul propune sau impune mai multe soluții pentru gestionarea intereselor post-contractuale, părțile contractante au posibilitatea de a completa sau înlătura aceste dispoziții prin stipulații.

¹⁷ J. Mestre, „Les clauses d’avenir”, in *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, colloque, Institut de droit des affaires d’Aix-en-Provence, 17-18 mai 1990, PUAM, Aix-en-Provence, 1990, p. 161; C. Lavabre, *Éléments de la problématique de l’après-contrat: les clauses de négociation, de prorogation et de reconduction*, RJDA 2003. 411.

¹⁸ D. Savova, A. Kennedy, *L’aménagement de la relation „post-contractuelle”*, AJ Contrat 2016.470.

¹⁹ J.-M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, *L’avant-contrat*, Éd. Francis Lefebvre, Paris, 2001; J.-M. Mousseron et al., *Technique contractuelle*, Éd. Francis Lefebvre, 5e éd., Paris, 2017.

De exemplu, anumite forme juridice însoțesc în mod automat rezilierea unui contract de drept special. Este cazul dreptului de reconducțiune în cadrul unui contract de închiriere a spațiului comercial sau al unui contract de arendă agricolă.

Chiar dacă flexibilitatea post-contractului poate fi un atu, formele concomitente ale acestuia pot fi în opoziție sau să se repete, efectele unuia anulând efectele celeilalte. În acest sens, trebuie aleasă forma post-contractuală a cărei efecte aduce cea mai adaptată soluție juridică părților. Altfel spus, opțiunea aleasă trebuie să folosească minimul de resurse juridice, maximizând în același timp eficacitatea și securitatea juridică obținută prin executarea contractului. Evident, pe lângă această formulă economică, trebuie să se țină cont de voința părților și caracteristicile situației în care acestea se regăsesc.

În această coexistență a diferitelor forme post-contractuale permisă datorită polimorfismului fazei posterioare executării contractului, se întâmplă ca acestea să fie incompatibile între ele. Incompatibilitatea poate reieși din două motive. Ea rezultă din independența surselor și din lipsa de concordanță a acestora. Este vorba de ipoteza unui conflict între legea generală și o lege specială sau între lege și prevederile contractuale ale părților.

De asemenea, ea poate proveni din discrepanțele dintre obiectele lor juridice. Unele clauze pot prevedea reînnoirea contractului, în timp ce altele se referă la încetarea acestuia. În cazul în care există un conflict de forme post-contractuale, este necesar să existe o regulă de drept prin care o formă post-contractuală prevalează asupra celorlalte, dar și să prevadă care este soarta celor care au fost înlăturate.

În realitate, trebuie să se ia în considerare o ierarhie de norme în care norma cea mai înaltă autorizează sau nu norma inferioară să o anuleze. Piramida reunește, în ordinea descrescătoare a preponderenței, *legea, actul convențional, actul individual*²⁰.

Pe de altă parte, este permisă o coexistență a mai multor forme juridice care ar îmbogăți conținutul post-contractual. Putem evoca situația nulității care își poate produce efectele în conjuncție cu răspunderea civilă delictuală în ipoteza viciului de consimțământ pentru dol²¹.

Nulitatea poate fi, de asemenea, combinată cu divorțul, deoarece pronunțarea acestuia din urmă nu împiedică o acțiune în nulitate, dacă sunt îndeplinite condițiile pentru această procedură²².

Faza post-contractuală se referă la perioada de timp cuprinsă între sfârșitul fazei principale de executare și sfârșitul influenței contractului în afara timpului său²³. Totuși, această fază nu curge în mod firesc din executarea contractului, ci trebuie pusă în mișcare, declanșată.

Pentru a determina regulile de declanșare a efectelor perioadei post-contractuale, trebuie să se stabilească cu precizie două momente cheie ale perioadei post-contractuale, respectiv *exigibilitatea post-contractului și eficacitatea post-contractului*.

Exigibilitatea se referă la o declanșare teoretică a perioadei post-contractuale, în timp ce etapa de eficacitate vizează o declanșare concretă. Declanșarea teoretică este supusă unui număr de criterii necesari și suficienți, pe când declanșarea concretă este condiționată de bunăvoința părților sau de constrângerea judiciară. Este posibil să rezumăm aceste aspecte prin faptul că declanșarea situației post-contractuale este condiționată de un fapt de exigibilitate și de un fapt de eficacitate.

În concluzie, post-contractul nu se pune în aplicare în mod automat, ci necesită un proces particular, justificat de constrângerile fiecărei forme juridice pe care o utilizează și de posibilitățile de previziune lăsate părților.

²⁰ H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, LGDJ, La pensée juridique, Paris, 1999.

²¹ Curtea de Casație franceza, 1-a civ., 4/02/1975, nr. 72-13.217, Bull. 1975, p. 69; D. 1975. 405, note C. Gaury; JCP 1975. II.18100, note C. Larroumet; RTD civ. 1975. 537, obs. G. Dury.

²² Curtea de Casație franceza, 1-a civ., 10/03/1998, nr. 95-21.491, non publ. au Bull., obs. H. Lecuyer.

²³ H. Kassoul, *L'après-contrat*, teza de doctorat în Drept privat, Universitatea Côte d'Azur, 2017, p. 361.

Declanșarea fazei post-contractului permite să se ia în considerare momentul exigibilității teoretice a post-contractului și apoi momentul eficacității sale reale. Aceste elemente au mai multe consecințe asupra regimului juridic al perioadei post-contractuale. Pe de o parte, simpla existență este insuficientă pentru declanșarea sa. Pe de altă parte, eficacitatea sa este de natură să o disocieze de poziția sa temporală obișnuită în cadrul fazei post-contractuale și, în mod excepțional, să o recunoască, în funcție de funcțiile sale, în faza de executare principală de la sfârșit.

Post-contractul nu își poate prelungi efectele la nesfârșit. Trebuie, astfel, să se confrunte cu dispariția sa. Având în vedere polimorfismul său și disparitatea obiectivelor sale, trebuie reevaluate motivele extincției sale. Acestea trebuie să depășească scopurile posibile ale fiecărei forme de sprijin luate izolat și să cuprindă extincția post-contractului în general. Au fost identificate patru motive de încheiere a fazei post-contractuale: *inexistența, reducerea, plata și prescripția*.

Odată cu dispariția sa, post-contractul lasă în urmă o situație de beneficii sau pierderi măsurabile. Prin pierderea post-contractului, dispăre legătura obligațională dintre părți iar prin câștigul stabilit, se dezvăluie moștenirea post-contractuală, și anume o situație de fapt consolidată și predeterminată pentru viitor.

Noua fază ce ar putea urma fazei post-contractuale ar permite recuperarea libertăților care au fost înlăturate de contractul inițial și de faza post-contractuală. Pot fi identificate mai multe comportamente ale părților fazei post-contractuale. Acestea pot fi orientate ori spre trecut, găsind o datorie morală față de foștii lor parteneri, ori către viitor, părțile putând folosi libertatea recâștigată prin închiderea ciclului contractual consimțind la un nou contract.

Faza ulterioară post-contract devine astfel o fază liberă, pre-contractuală, sau direct contractuală datorită pregătirii făcute de post-contract. Aceste comportamente legitime își au limitele în normele generale de drept. Comportamentele ilicite fiind susceptibile de a fi sancționate.

Regimul juridic face posibilă organizarea funcționării tehnice a perioadei post-contractuale. Acesta ar putea fi structurat în funcție de succesiunea cronologică a existenței sale. În primul rând, oricare ar fi forma post-contractului, acesta este pus în aplicare conform unui dublu proces de alegere a formei adecvate de sprijin și de declanșare a eficacității sale.

Apoi, post-contractul în sine este un factor generator de efecte juridice. El are o influență asupra formelor de sprijin alese, modificând efectele acestora și făcându-le să convergă spre satisfacerea funcțiilor sale. Aceasta din urmă este deopotrivă constrângătoare, vizând părțile sale și excluzându-le pe altele, dar și variabilă în intensitatea sa, uneori de atenuarea, alteori de creșterea progresivă a legăturilor juridice dintre părți pentru a le permite să acceseze faza următoare fără riscuri juridice.

Aceste efecte permit astfel realizarea sa. Apoi, ele încetează odată cu stingerea post-contractului. Cauzele sunt motivele obișnuite de stingere transpuse în specificul fazei post-contractuale.

Concluzii

Putem concluziona că, dincolo de efecte, post-contractul lasă o situație de fapt a cărei natură juridică este neutralizată, dar al cărei *acquis* este esențial pentru părți în eliberarea de sub influența contractului inițial, cât și pentru a consimți, eventual, la un nou contract. Astfel, pe tot parcursul existenței sale, post-contractul dezvăluie un regim juridic coerent și original. Elementele care îl definesc se exprimă la fiecare etapă a existenței post-contractului și permit depășirea lacunelor surselor, a misiunilor sale uneori contradictorii, găsind într-un final o logică de funcționare omogenă. Modul în care funcționează dezvăluie astfel utilitatea sistemului post-contractual.

Din punct de vedere al practicii dreptului, post-contractul ar aduce o reconsiderare a realității de către legiuitor. Pe de o parte, ar oferi părților un model de sistematizare a utilizării sale, permițându-le să își stabilească relațiile în condiții de securitate juridică.

Pe de altă parte, ar oferi judecătorului un standard prin regulile sale de calificare, astfel încât diferitele situații să poată fi distinse din punct de vedere juridic. Astfel, experiența contractuală, cunoașterea părților, nu ar mai fi ignorate în situațiile aflate la sfârșitul fazei de executare a contractului. Ceea ce ar părea intuitiv mai echitabil în faza post-contractuală ar dobândi atunci o dimensiune legitimă.

Incidența Legii numărul 140 din 2022 asupra materiei moștenirilor

[The Incidence of Law No. 140 of 2022 on The Matter of Inheritances]

Conf. univ. dr. Ilioara GENOIU*

Abstract: *The entry into force, in August 2022, of Law no. 140/2022 regarding some protection measures for people with intellectual and psychosocial disabilities and the modification and completion of some normative acts generated notable consequences in the matter of the protection of the natural person and the capacity of the individual subject of law to conclude civil legal acts. Mainly, this normative act was intended to harmonize the national legislation regarding the protection of the natural person with the provisions of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD), adopted by the General Assembly of the United Nations Organization in 2006 and ratified by our country. As a result of this approach, the measure of placing under judicial prohibition, which targeted natural persons lacking discernment due to alienation or mental debility, is replaced by special guardianship. Apart from this latter measure of protection of the natural person, two other measures are regulated, for the first time in our legislation, namely judicial advice and assistance for the conclusion of legal acts. These legislative changes have an immediate, direct impact on the protection of the natural person and indirect, but undoubtedly essential, on the capacity of the natural person to perform any civil legal acts, including acts of interest for the matter of inheritances.*

Keywords: *Special Guardianship; Judicial Advice; Assistance for The Conclusion of Legal Acts; Special Curator; Guardianship Court*

Introducere

Legea nr. 140/2022 privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea și completarea unor acte normative¹, având scopul declarat de a pune de acord dispozițiile legislației naționale cu incidență în materia ocrotirii persoanei fizice cu cele ale Convenției privind Drepturile Persoanelor cu Dizabilități (CDPD), adoptată la New York de Adunarea Generală a Organizației Națiunilor Unite la 13 decembrie 2006, semnată de România la 26 septembrie 2007 și ulterior ratificată, prin Legea nr. 221/2010², aduce numeroase modificări nu doar în materia mai sus amintită, ci și în multe alte materii ale dreptului nostru, în special în cea a capacității persoanei fizice de a încheia acte juridice civile. În prezenta lucrare, ne propunem să punem în discuție modificările generate de intrarea în vigoare a acestui act normativ în materia moștenirilor, în concret să arătăm care sunt persoanele care pot întocmi un testament, în ce condiții poate fi exercitată de către persoanele fizice cu vocație la o anumită moștenire opțiunea succesorală (inclusiv precizări cu privire la capacitatea persoanei fizice de a participa la dezbaterile moștenirii și de a încheia actul de lichidare a regimului matrimonial), respectiv în ce condiții poate fi încheiat un act de partaj voluntar.

Considerăm că demersul nostru nu este lipsit de utilitate, nici teoretică și nici practică, întrucât vine la scurt timp de la intrarea în vigoare a acestui act normativ (ale cărui implicații asupra

* Universitatea „Valahia” din Târgoviște; notar public, Camera Notarilor Publici Ploiești; ilioaragenoiu20@yahoo.fr.

¹ Publicată în M. Of. nr. 500 din 20 mai 2022.

² Publicată în M. Of. nr. 792 din 26.11.2010.

dreptului nostru sunt multiple și destul de greu de inventariat), când încă nu s-au publicat prea multe lucrări care să pună în discuție și să clarifice aceste modificări.

1. Considerații generale privind ocrotirea persoanei fizice și capacitatea de exercițiu a acesteia

Asupra problematicei măsurilor de ocrotire a persoanei fizice și modificărilor aduse de Legea nr. 140/2022 capacității subiectului individual de drept de a încheia acte juridice civile, nu vom insista prea mult. Ne vom rezuma doar la a prezenta succint noutățile în această materie și de a le configura sumar conținutul.

Așadar, constituie *de lege lata* măsuri de ocrotire a persoanei fizice (în special, a persoanei fizice majore), instituite gradual, în funcție de gradul de dizabilitate intelectuală și psihosocială a acesteia, în ordine, următoarele: asistența pentru încheierea actelor juridice – singura măsură ce poate fi dispusă de notarul public, consilierea judiciară și tutela specială, aceste ultime două măsuri putând fi dispuse doar de instanța de tutelă (acolo unde există sau de instanțele, secțiile sau, după caz, completurile specializate pentru minori și familie)³.

1.1. Asistența pentru încheierea actelor juridice⁴

Aceasta instituție juridică cu totul necunoscută până acum în sistemul nostru de drept este reglementată, în principal, de art. 1-6 din Legea nr. 140/2022, care, prin art. 9, modifică în mod corespunzător și Legea nr. 36/1995⁵. Aceasta poate fi dispusă de către notarul public pentru persoana majoră cu anumite dizabilități intelectuale sau psihosociale, instituirea acesteia neafectând capacitatea de exercițiu a celui ocrotit. Notarul public, un absolvent al unei facultăți cu profil juridic, care nu deține expertiză în domeniul medicinei (singura disciplină studiată la cursurile universitare de licență, din aria medicinei, fiind „Medicina legală”), este abilitat de lege să aprecieze asupra integrității psihice a unei persoane și, apoi, să numească un asistent, un intermediar între persoana majoră capabilă, ocrotită și terțele persoane.

Fără a intra în detalii cu privire la problematica acestei măsuri de ocrotire, întrucât scopul lucrării noastre este, așa cum am arătat încă de la început, altul, apreciem că aceasta este, în ceea ce ne privește, aproape lipsită de utilitate practică. Afirmăm acest lucru, întrucât actele juridice ale persoanei ocrotite sunt încheiate personal de ocrotit, capacitatea sa (deplină) de exercițiu fiind preservată, rămânând intactă, și nu de asistent. Acesta din urmă nici măcar nu încuviințează actele juridice ale persoanei care beneficiază de asistență. Fără dubiu, atribuțiile asistentului sunt inferioare celor ale unui mandatar. Și ne întrebăm acum: de ce, oare, persoana fizică capabilă, cu anumite dizabilități intelectuale sau psihosociale, să fie interesată a merge la biroul notarului public pentru a cere numirea, în ceea ce o privește, a unui asistent, în loc să ceară aceluiași profesionist al dreptului autentificarea unei procuri speciale, în temeiul căreia mandatarul ales să

³ Pentru o analiză detaliată și completă a problematicei măsurilor de ocrotire a persoanei fizice, a se vedea Ungureanu C.T., Toader I.A.I., *Drept civil. Partea generală. Persoanele*, ed. a 5-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 500 și urm.

⁴ O analiză judicioasă a acestei măsuri de ocrotire este realizată de Moise M. în studiul *Ocrotirea persoanei cu dizabilități prin instituirea asistentului prevăzut de Legea 140/2022*, publicat online în „Notar de București”, în decembrie 2022, <https://notardebucuresti.ro>.

⁵ Facem referire la Legea nr. 36/1995, Legea notarilor publici și a activității notariale, republicată în M. Of. nr. 237 din 19 martie 2018. Aceasta conține dispoziții cu privire la măsura numirii unui asistent pentru încheierea de acte juridice, în art. 12 lit. s¹), art. 15 lit. f¹), art. 80 alin. (4¹), art. 106 alin. (5) și în art. 138¹-138⁵.

poată face toate demersurile necesare încheierii unui act, inclusiv încheierea acestuia, în numele și pe seama mandantului? Nu credem, de asemenea, că cheltuielile financiare ce vor trebui suportate de cel interesat sunt mai reduse în cazul numirii unui asistent pentru încheierea de acte juridice, decât în cel al procurii. Dimpotrivă. Iar cât privește consumul de timp, credem că autentificarea unei procuri necesită, atât din perspectiva clientului, cât și a notarului public, mai puțină risipă de vreme decât procedura numirii unui asistent pentru încheierea de acte juridice. Și, dacă persoana al cărei discernământ nu este afectat, dar care, din cauza unei anumite dizabilități, nu poate semna actul (inclusiv procura specială), ne întrebăm, de asemenea, de ce nu ar apela aceasta la doi martori, care să o asiste la momentul realizării procedurii notariale și să semneze actul în locul său? În niciun caz, asistentul numit de notarul public nu va încheia actul în discuție pentru ocrotitul care nu poate semna, acesta din urmă trebuind să fie asistat la momentul autentificării de doi martori, care vor semna actul în locul său.

1.2. Consilierea judiciară

Nici această măsură de ocrotire a persoanei fizice nu are antecedentă în dreptul nostru. În prezent, ea este reglementată de art. 164-177 C. civ. Aceasta poate fi dispusă numai de către instanța de tutelă, în cazul în care deteriorarea facultăților mintale ale persoanei majore este *parțială* și este necesar ca aceasta să fie consiliată *în mod continuu* în exercitarea drepturilor și libertăților sale. Instituirea consilierii judiciare se poate face numai dacă nu poate fi asigurată o protecție adecvată a persoanei ocrotite prin instituirea asistenței pentru încheierea actelor juridice. Așa cum vom arăta la un punct subsecvent al prezentei lucrări, persoana care beneficiază de consiliere judiciară este asimilată de lege, din perspectiva capacității de exercițiu, minorului cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani, împreună constituind categoria persoanelor cu capacitate de exercițiu restrânsă.

1.3. Tutela specială

Succesoare a măsurii punerii persoanei fizice sub interdicție judecătorească, tutela specială, reglementată de art. 164 -177 C. civ., poate fi dispusă numai de către instanța de tutelă, în cazul în care deteriorarea facultăților mintale ale persoanei majore este *totală* și, după caz, *permanentă* și este necesar ca aceasta să fie consiliată în mod continuu în exercitarea drepturilor și libertăților sale.

Instituirea tutelei speciale se poate face numai dacă nu poate fi asigurată o protecție adecvată a persoanei ocrotite prin instituirea asistenței pentru încheierea actelor juridice sau a consilierii judiciare.

În principiu, de această măsură pot beneficia persoanele majore. Cu titlu de excepție, pot fi vizați de tutelă specială și minorii cu capacitate restrânsă de exercițiu, în anumite condiții reglementate de art. 164 alin. (6) C. civ., potrivit căruia: „Pot beneficia de tutelă specială și minorii cu capacitate de exercițiu restrânsă. Cu toate acestea, atunci când instanța de tutelă apreciază că ocrotirea persoanei se poate realiza prin instituirea curatei sau prin punerea sa sub consiliere judiciară, această măsură se poate dispune cu un an înainte de data împlinirii vârstei de 18 ani și începe să producă efecte de la această dată”.

Precizăm, în final, că persoana care beneficiază de tutelă specială este considerată lipsită de capacitate de exercițiu, asemănător minorului cu vârsta mai mică de 14 ani.

1.4. Precizări de interes din perspectiva capacității de exercițiu a persoanei fizice

Credem că prezintă interes pentru studiul nostru să arătăm aici, fără a intra în amănunte însă, că, din perspectiva existenței sau lipsei capacității de exercițiu⁶, putem distinge între trei intervale temporale ale evoluției persoanei fizice: lipsa capacității de exercițiu, capacitatea de exercițiu restrânsă și capacitatea deplină de exercițiu⁷.

a) *Lipsa capacității de exercițiu* reprezintă starea juridică a minorului care nu a împlinit vârsta de 14 ani și a persoanei care beneficiază de măsura tutelii speciale.

Cu titlu de regulă, actele juridice ale persoanelor incapabile vor fi încheiate de către reprezentanții lor legali (părinte, tutore, curator), în condițiile prevăzute de lege. În mod excepțional, persoanele lipsite de capacitate de exercițiu pot încheia singure, în temeiul dispozițiilor art. 43 alin. (3) C. civ., următoarele categorii de acte juridice civile: acte de conservare; acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la momentul încheierii lor. În mod firesc, actele pe care cel lipsit de capacitate de exercițiu le poate încheia singur pot fi făcute și de reprezentantul lui legal, afară de cazul în care legea ar dispune altfel sau natura actului nu i-ar permite acest lucru.

b) *Capacitatea de exercițiu restrânsă* aparține minorului cu vârsta cuprinsă între 14 și 18 ani și persoanei majore care beneficiază de consiliere judiciară.

Actele persoanei cu capacitate restrânsă de exercițiu sunt încheiate personal de către aceasta, însă cu încuviințarea prealabilă a ocrotitorului său legal, iar, în cazurile prevăzute de lege, și cu autorizarea instanței de tutelă. Precizăm că persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu este numai asistată de ocrotitorului său legal la încheierea actelor juridice, spre deosebire de persoana lipsită de capacitate de exercițiu, care este reprezentată în actele civile. Asistarea persoanei de către ocrotitorului său legal la încheierea actelor juridice civile presupune acordarea unei încuviințări, în sensul încheierii unui act juridic, care trebuie să fie individuală și prealabilă sau, cel mult, concomitentă cu încheierea actului.

Persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu poate încheia personal, fără încuviințarea ocrotitorului său legal (așadar, singură), următoarele categorii de acte juridice civile [art. 41 alin. (3) C. civ.]: actele pe care le încheie personal persoana lipsită de capacitate de exercițiu; actele de administrare care nu o prejudiciază; actele de acceptare a unei moșteniri sau de acceptare a unor liberalități fără sarcini.

Per a contrario, persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu are nevoie de încuviințarea prealabilă a ocrotitorului său legal, pentru a încheia acte de administrare care o prejudiciază, precum și de autorizarea instanței de tutelă, pentru a încheia acte de dispoziție.

Potrivit art. 42 alin. (1) C. civ., persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu poate să încheie acte juridice privind munca, îndeletnicirile artistice sau sportive ori referitoare la profesia sa, cu încuviințarea părinților sau a tutorelui, precum și cu respectarea dispozițiilor legii speciale dacă este cazul.

c) *Capacitatea deplină de exercițiu* este dobândită de persoana majoră (inclusiv de cea care beneficiază de asistență pentru încheierea de acte juridice) și de minorul de 16 ani, prin efectul

⁶ Pentru noțiunea capacității de exercițiu și alte aspecte de interes pentru aceasta, a se vedea: Beleiu Gh., *Drept civil român*, ed. a 7-a revăzută și adăugită de Marian Nicolae și Petrică Trușcă, Ed. Universul Juridic, București, 2001, p. 71; Cojocaru A., *Drept civil. Partea generală*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 74; Boroi G., Angheliescu C.Al., *Curs de drept civil. Partea generală*, ed. a 3-a revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 120-121; Chelaru E., *Teoria generală a dreptului civil*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 62-63.

⁷ Cât privește o analiză detaliată a tuturor aspectelor de interes pentru instituția capacității de a încheia acte juridice civile, așa cum este aceasta reglementată în prezent, a se vedea Ungureanu C.T., Toader I.Al., *op. cit.*, p. 101 și urm.

căsătoriei și este atribuită minorului de 16 ani, pentru motive temeinice, de către instanța de tutelă. Persoana fizică având deplină capacitate de exercițiu poate încheia personal acte civile sau poate împuternici o altă persoană să le încheie, în numele și pe seama sa.

2. Capacitatea persoanei fizice de a întocmi testament

Din perspectiva care ne interesează aici, precizăm că testamentul este, așa cum s-a arătat adesea în literatura de specialitate⁸, un act juridic complex, ce poate conține diferite dispoziții, printre care și legate. Drept urmare, devine necesar să realizăm, și din perspectiva capacității cerute de lege pentru întocmirea sa, deosebirea dintre testament și legat și să arătăm care sunt regulile care guvernează capacitatea în materia legatului (care, alături de donație și mecenat, formează categoria liberalităților), respectiv rigorile care cârmuiesc capacitatea, în ipoteza în care testamentul conține alte dispoziții decât legatul și acte asimilate acestuia din punct de vedere al importanței lor juridice⁹. Această distincție se impune, în principal, datorită faptului că actualul Cod civil instituie, prin dispozițiile art. 987 și următoarele, reguli speciale cât privește capacitatea de a dispune, respectiv de a primi prin liberalități (prin legat, așadar, întrucât aceasta este liberalitatea a cărei problemă ne preocupă pe noi)¹⁰.

2.1. Capacitatea de a întocmi testament care nu conține legate sau alte acte de dispoziție

Potrivit dispozițiilor art. 1038 alin. (1) C. civ., „Testamentul este valabil numai dacă testatorul a avut discernământ și consimțământul său nu a fost viciat”. Ar rezulta, astfel, că orice persoană care are discernământ poate întocmi un testament. Numai că testamentul care conține legate (și alte acte de aceeași importanță juridică) este un act de dispoziție, iar un asemenea act poate fi întocmit doar de persoana care deține capacitate de exercițiu deplină. Trebuie avut, de asemenea, în vedere faptul că testamentul, indiferent de conținutul său, prezintă caracter personal, ceea ce înseamnă că testatorul nu poate întocmi actul său de ultimă voință, care conține legate și care, așadar, este un act de dispoziție, prin reprezentantul său legal sau, după caz, cu încuviințarea ocrotitorului său legal, precum și cu autorizarea instanței de tutelă. Drept urmare, testamentul minorului și al persoanelor asimilate acestuia nu poate să conțină dispoziții în relație cu transmisiunea moștenirii, precum cele referitoare la partaj, la revocarea dispozițiilor testamentare anterioare, dezmoștenire, numirea de executori testamentari, sarcini, alegerea legii aplicabile propriei moșteniri etc. De asemenea, prin testament, minorul și persoanele asimilate acestuia nu pot înființa o fundație, nu pot interzice înstrăinarea unui bun, nu pot împuternici o persoană în vederea administrării unui sau a mai multor bunuri, a unei mase patrimoniale sau a unui patrimoniu care nu le aparține¹¹. Toate acestea, întrucât asemenea acte juridice sunt de dispoziție și încheierea lor, în condițiile legii, ar contraveni, cum am arătat deja, caracterului personal al testamentului.

⁸ Pentru noțiunea testamentului și a altor aspecte ce țin de problematica acestuia, a se vedea: Deak Fr., Popescu R., *Tratat de drept succesoral*, ed. a 3-a actualizată și completată, volum II. Moștenirea testamentară, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 105 și urm.; Chirică D., *Tratat de drept civil. Succesiunile și liberalitățile*, Ed. C.H. Beck, București, 2014, p. 278 și urm.; Genoiu I., *Dreptul la moștenire*, ed. a 3-a dedicată memoriei profesorului și cercetătorului Bogdan Pătrașcu și care conține contribuții ale acestuia, Ed. C.H. Beck, București, 2023, p. 119 și urm.

⁹ Această distincție este judicios realizată de Negrilă D., *Testamentul în noul Cod civil. Studii teoretice și practice*, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 63 și urm.

¹⁰ Cât privește problema capacității în materia testamentului, a se vedea și Popa I., *Drept civil. Moșteniri și liberalități*, ed. a 2-a, Ed. Solomon, București, 2022, p. 267 și urm.

¹¹ În opinia noastră, în mod eronat Codul civil dispune, în art. 792, că o asemenea împuternicire poate fi realizată prin legat.

Se pare că minorul ar putea insera în testamentul său prevederi care nu sunt acte de dispoziție, precum recunoașterea unui copil și dispoziții cu privire la propriile funeralii ori la corpul său după moarte.

Cât privește recunoașterea copilului de către minorul necăsătorit, Codul civil dispune, în art. 417, în sensul că „Minorul necăsătorit îl poate recunoaște singur pe copilul său, dacă are discernământ la momentul recunoașterii”. Drept urmare, prin testament și fără a fi adusă atingere caracterului personal al acestuia, persoana minoră poate recunoaște copilul său.

Apoi, potrivit art. 80 alin. (1) C. civ., „Orice persoană poate determina felul propriilor funeralii și poate dispune cu privire la corpul său după moarte. În cazul minorilor lipsiți de capacitate de exercițiu sau cu capacitate de exercițiu restrânsă este necesar și consimțământul scris al părinților sau, după caz, al tutorelui”. Potrivit doctrinei¹², acordul reprezentantului/ocrotitorului legal poate fi dat și printr-un înscris separat de testament, pentru a fi preservat caracterul personal al actului de ultimă voință.

Merită, de asemenea, pus în discuție în acest context, apreciem noi, și art. 172 alin. (3) C. civ., potrivit căruia „Dispozițiile testamentare făcute de persoana ocrotită după instituirea consilierii judiciare sunt valabile, dacă sunt autorizate sau confirmate de către instanța de tutelă, ținând seama de natura acestora și circumstanțele în care au fost făcute”. Arătăm, de asemenea, că dispozițiile testamentare întocmite de persoana care beneficiază de consiliere judiciară, pe durata acestei măsuri sunt anulabile, chiar dacă la data încheierii lor aceasta ar fi avut discernământ [art. 172 alin. (1) C. civ.], iar cele întocmite înainte de instituirea acestei măsuri sunt anulabile, numai dacă la data când au fost încheiate lipsa discernământului era notorie sau cunoscută de cealaltă parte [art. 172 alin. (2) C. civ.].

Rezultă, așadar, că persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu și celor cu capacitate de exercițiu restrânsă le este prea puțin la îndemână să întocmească un testament. De cele mai multe ori, prin actul de ultimă voință, testatorul dispune de bunurile sale, așadar instituie legatari, iar un asemenea act poate fi realizat, în principiu, numai de către persoana cu deplină capacitate de exercițiu.

2.2. Capacitatea de a dispune prin legat

Potrivit dispozițiilor art. 987 alin. (1) C. civ., „Orice persoană poate face și primi liberalități, cu respectarea regulilor privind capacitatea”. De asemenea, este capabil de a primi prin legat¹³ oricine este conceput la data morții dispunătorului, întrucât, în temeiul dispozițiilor art. 36 prima teză C. civ., „Drepturile copilului sunt recunoscute de la concepțiune, însă numai dacă el se naște viu...”.

Regula este reprezentată, așadar, de capacitate, în timp ce incapacitatea reprezintă excepția. Constituind excepția, incapacitățile trebuie să fie expres prevăzute de lege și sunt de strictă interpretare.

Condiția capacității de a dispune prin legat trebuie îndeplinită la data la care dispunătorul își exprimă consimțământul [art. 987 alin. (2) C. civ.]. Are capacitatea de a dispune prin legat, indiferent de obiectul asupra căruia acesta poartă, subiectul individual de drept care a împlinit vârsta de 18 ani (art. 18 C. civ.), minorul de 16 ani căsătorit [art. 39 alin. (1) C. civ.] și minorul de 16 ani căruia i s-a atribuit capacitate de exercițiu anticipată (art. 40 C. civ.).

¹² Negrilă D., *op. cit.*, p. 69.

¹³ Pentru problematica legatului, a se vedea Stănciulescu L., *Moștenirea. Doctrină și jurisprudență*, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 214 și urm.; Pătrașcu B., Genoiu I., *Despre noțiunea și felurile legatului*, în Marilena Uliescu (coordonator), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, volum II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 807 și urm.

Cât privește incapacitatea de a dispune prin legat, Codul civil, prin dispozițiile art. 988 alin. (1) arată că cel lipsit de capacitate de exercițiu sau cu capacitate restrânsă de exercițiu nu poate dispune de bunurile sale prin liberalități, cu excepția cazurilor prevăzute de lege.

Punem în acest context în discuție, apreciind că prezintă utilitate pentru studiul nostru, dispozițiile art. 41 alin. (2) și (3) C. civ., potrivit cărora „Actele juridice ale persoanei cu capacitate de exercițiu restrânsă se încheie de aceasta, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, și cu avizul consiliului de familie, dacă există, și cu autorizarea instanței de tutelă. Încuviințarea, avizul sau autorizarea poate fi dată, cel mai târziu, în momentul încheierii actului. (3) Cu toate acestea, persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă poate face singură acte de conservare, acte de administrare care nu o prejudiciază, acte de acceptare a unei moșteniri sau de acceptare a unor liberalități fără sarcini, precum și acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor”.

Considerând aceste prescripții legale, suntem, oare, îndreptățiți a aprecia că persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu poate dispune prin legat cu titlu particular de bunurile sale de mică valoare (de pildă, jucării, cărți și alte asemenea bunuri), astfel încât actul său de ultimă voință să poată fi considerat „un act de dispoziție de mică valoare” și să fie valabil? Apoi, dacă acceptăm că un asemenea act este unul de dispoziție de mică valoare, prezintă însă acesta caracter curent și se execută el la data întocmirii sale, astfel încât să ne încadrăm în dispozițiile mai sus redată ale art. 41 alin. (3) C. civ.? În ceea ce ne privește, tindem să dăm un răspuns negativ. Nu credem că este lipsit de susținere să calificăm legatul unei jucării dispus de persoana cu capacitate de exercițiu restrânsă, drept un act de dispoziție de mică valoare, însă suntem de părere că un asemenea act nu prezintă caracter curent, întrucât nu este realizat în mod frecvent de către persoana în discuție și nici nu poate fi executat la data întocmirii testamentului, care conține acest legat.

Numai că, art. 146 C. civ., care poartă denumirea indicativă „Încuviințarea și autorizarea actelor minorului care a împlinit vârsta de 14 ani”, în alin. (3), prevede următoarele: „Minorul nu poate să facă donații sau testamente, altele decât darurile obișnuite potrivit stării lui materiale sau dispozițiile testamentare cu privire la bunuri de mică valoare, și nici să garanteze obligațiile altuia”.

Suntem de părere că acest text de lege, care fără dubiu permite minorului care a împlinit vârsta de 14 ani să dispună prin legate de bunurile sale de mică valoare, este cel puțin defectuos redactat. Aceasta, întrucât, așa cum am arătat, minorul în discuție poate insera în testamentul său dispoziții privind recunoașterea unui copil și cu privire la propriile funeralii ori la corpul său după moarte; așadar, el poate face și alte testamente. Or, în textul de lege pus aici în discuție se precizează că acesta nu poate face alte „testamente” decât „dispoziții testamentare cu privire la bunuri de mică valoare”. În fapt, minorul care a împlinit vârsta de 14 ani nu poate face alte *legate* decât cele cu privire la bunuri de mică valoare. Apoi, ne întrebăm de ce îi este recunoscută această posibilitate doar minorului cu capacitate restrânsă de exercițiu, nu și persoanelor care beneficiază de consiliere judiciară? Doar pentru raționamentul că acestea din urmă sunt persoane majore și nu mai sunt interesate de jucării? Dar, poate că doresc să dispună de alte bunuri de mică valoare, de pildă cărți. Și, mai putem constata, de asemenea, că art. 146 alin. (3) C. civ. derogă de la prevederile art. 41 alin. (2) și (3) C. civ., deși, în opinia noastră, ambele categorii de norme juridice par a avea caracter general, ele fiind plasate în același Titlu II al primei cărți a Codului civil. Poate că ar fi fost mai potrivit ca legiuitorul să plaseze această excepție în cuprinsul art. 41 alin. (3) C. civ.

2.3. Capacitatea de a primi prin legat

În ceea ce ne privește, nu se impune a insista în prezenta lucrare asupra acestui aspect, întrucât modificările aduse de Legea nr. 140/2022 nu-l vizează în niciun fel. Vom preciza doar că, potrivit

dispozițiilor art. 987 alin. (1) C. civ., orice persoană poate fi gratificată prin legat. Drept urmare, persoana fizică și persoana juridică care ființează pot beneficia de un legat. Evident, nu trebuie nesocotit principiul specialității capacității de folosință care privește persoanele juridice fără scop lucrativ [art. 206 alin. (2) C. civ.].

3. Capacitatea persoanei fizice de a opta cu privire la moștenire¹⁴, de a participa la dezbaterea acesteia și de a încheia actul de lichidare a regimului matrimonial

Codul civil nu califică în mod expres actul de opțiune succesorală ca fiind un act de dispoziție. În literatura de specialitate¹⁵ însă, la a cărei opinie achiesăm, este unanim admis că persoanele lipsite de capacitate de exercițiu exercită dreptul de opțiune succesorală (cu ambele sale variante, acceptare și renunțare) prin intermediul reprezentanților lor legali și cu autorizarea instanței de tutelă. La această concluzie ajungem și prin interpretarea, cu ajutorul argumentului *per a contrario*, a noilor dispoziții legale în materia capacității civile. Facem referire la art. 41 alin. (3) C. civ., așa cum acest text de lege a fost modificat prin Legea nr. 140/2022. Potrivit acestuia, „Cu toate acestea, persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu poate face singură acte de conservare, acte de administrare care nu o prejudiciază, *acte de acceptare a unei moșteniri sau de acceptare a unor liberalități fără sarcini* (s.n.), precum și acte de dispoziție de mică valoare, cu caracter curent și care se execută la data încheierii lor. Dispozițiile art. 168 alin. (4) rămân aplicabile”.

Drept urmare, dacă numai persoanele cu capacitate de exercițiu restrânsă pot face singure acte de acceptare a unei moșteniri sau acte de acceptare a unor liberalități fără sarcini, și aceasta cu titlu de excepție de la regula instituită de art. 41 alin. (2) C. civ., potrivit căruia „Actele juridice ale persoanei cu capacitate de exercițiu restrânsă se încheie de aceasta, cu încuviințarea părinților sau, după caz, a tutorelui, iar în cazurile prevăzute de lege, și cu avizul consiliului de familie, dacă există, și cu autorizarea instanței de tutelă. Încuviințarea, avizul sau autorizarea poate fi dată, cel mai târziu, în momentul încheierii actului”, rezultă că, în cazul persoanelor lipsite de capacitate de exercițiu, o asemenea posibilitate (privitoare la acceptarea unei moșteniri și a unei liberalități fără sarcini) este exclusă. *A fortiori*, persoana lipsită de capacitate de exercițiu nu poate realiza singură un act de renunțare la moștenire (act de dispoziție, fără niciun dubiu), în condițiile în care o astfel de posibilitate nu este recunoscută de lege nici măcar persoanei cu capacitate restrânsă de exercițiu.

Continuând ordinea logică a ideilor, precizăm că, *de lege lata*, persoanele cu capacitate restrânsă de exercițiu exercită singure doar dreptul de a accepta o moștenire, respectiv o liberalitate fără sarcini, fără a avea nevoie de vreo încuviințare sau autorizare [art. 41 alin. (3) C. civ.]. Pentru renunțarea la moștenire însă, este necesară încuviințarea ocrotitorului legal și autorizarea instanței de tutelă. Mai mult, în cazul în care între persoana ocrotită și ocrotitor există un conflict de interese, este necesară numirea de către notarul public a unui curator special [art. 150 alin. (3) C. civ.] și validarea acestuia de către autoritatea tutelară [art. 229 alin. (1) și (3²) din Legea nr. 71/2011]¹⁶.

¹⁴ Pentru alte aspecte pe care le presupune dreptul de opțiune succesorală, a se vedea: Bob M.D., *Probleme de moșteniri în vechiul și în noul Cod civil*, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 188; Pătrașcu B., Genoiu I., *Aspecte esențiale ale opțiunii succesoriale potrivit noului Cod civil*, în Marilena Uliescu (coordonator), *Noul Cod civil. Studii și comentarii*, volum II, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 910 și urm.

¹⁵ Eliescu M., *Transmisiunea și împărțea moștenirii în dreptul Republicii Socialiste România*, Ed. Academiei, București, 1966, p. 92-94; Cărpenu St., *Dreptul de moștenire*, în Fr. Deak, St. Cărpenu, *Drept civil. Contracte speciale. Dreptul de autor. Dreptul de moștenire*, Universitatea București, 1983, p. 492; Deak Fr., *Tratat de drept succesoral*, ed. a 2-a, Ed. Universul Juridic, București, 2002, p. 385; Macovei D., *Drept civil. Succesiuni*, Ed. „Chemarea”, Iași, 1993, p. 144; Chirică D., *Drept civil. Succesiuni și testamente*, Ed. Rosetti, București, 2003, p. 204.

¹⁶ Art. 229 alin. (1) și (3²) din Legea nr. 71/2011 pentru punerea în aplicare a Legii nr. 287/2009 privind Codul civil dispune astfel: „(1) Organizarea, funcționarea și atribuțiile instanței de tutelă și de familie se stabilesc prin legea

Cât privește însă lichidarea regimului matrimonial, ca urmare a decesului unuia dintre soți, operațiune care trebuie realizată în cazul moștenirilor deschise după intrarea în vigoare a noului Cod civil, suntem de părere că, în ipoteza în care unul dintre moștenitori este o persoană cu capacitate restrânsă de exercițiu, nu ar mai fi necesară autorizarea acestui act de către instanța de tutelă. Credem că actul de lichidare a regimului matrimonial nu depășește, din perspectiva importanței juridice, actul de acceptare a moștenirii. De aceea, opinăm că, odată ce persoana cu capacitate restrânsă de exercițiu poate accepta, în puterea legii, singură moștenirea la care are chemare, aceasta ar putea să încheie singură și actul de lichidare a regimului matrimonial al soților (dintre care unul decedat, tocmai despre moștenirea acestuia fiind vorba). Cât privește însă lichidarea regimului matrimonial al soților, de asemenea ca urmare a decesului unuia dintre ei, operațiune la care trebuie să participe și moștenitorul lipsit de capacitate de exercițiu, opinăm că încheierea actului de lichidare trebuie să fie autorizată de instanța de tutelă, asemănător actului de acceptare a moștenirii și că persoana în discuție va trebui să fie reprezentată la încheierea acestui act, așa cum va fi reprezentată de altfel și la dezbaterile moștenirii.

Persoanele cu deplină capacitate de exercițiu exercită singure dreptul de opțiune succesorală, cu ambele sale variante. Tot astfel, acestea vor încheia și actul de lichidare a regimului matrimonial al soților, ca urmare a încetării acestuia prin decesul unuia sau al ambilor soți.

4. Capacitatea persoanei fizice de a încheia un act de partaj voluntar

Sub imperiul vechiului Cod civil, partajul succesoral¹⁷ era asimilat unui act de dispoziție. Tot astfel este calificat expres de lege¹⁸ și în prezent acest act, el producând însă, *de lege lata*, efecte constitutive. Drept urmare, este necesar ca persoana care solicită partajul moștenirii, precum și orice persoană care participă la acesta, să aibă deplină capacitate de exercițiu¹⁹. În cadrul partajului voluntar, coindivizarul lipsit de capacitate de exercițiu trebuie să fie reprezentat de ocrotitorul său legal, iar cel cu capacitate restrânsă de exercițiu trebuie să fie asistat de către acesta. În ambele cazuri însă, este necesară autorizarea instanței de tutelă (art. 674 C. civ.). În ipoteza partajului pe cale judecătorească însă, interesele coindivizarului incapabil sunt apărute de către instanța de judecată, nemaifiind astfel necesară autorizarea instanței de tutelă.

Dacă există contrarietate de interese între coindivizarul care nu are capacitatea cerută de lege și ocrotitorul său legal (care, la rândul-i, este coindivizar), interesele celui dintâi vor fi apărute de un curator special. De asemenea, este necesară numirea unui curator, în ipoteza în care unul dintre coindivizari este dispărut.

Concluzii

Fără dubiu, Legea nr. 140/2022 reformează, pe drept cuvânt, întreaga problematică a ocrotirii persoanei fizice. Numai că efectele acestei legi nu se răsfrâng doar asupra instituției vizate în mod direct, ci ea generează consecințe și asupra configurației altor instituții de drept, inclusiv de drept

privind organizarea judiciară. (3²) Până la intrarea în vigoare a reglementării prevăzute la alin. (1), numirea curatorului special care îl asistă sau îl reprezintă pe minor la încheierea actelor de dispoziție sau la dezbaterile procedurii succesoriale se face, de îndată, de autoritatea tutelară, la cererea notarului public, în acest din urmă caz nefiind necesară validarea sau confirmarea de către instanță”.

¹⁷ Pentru problematica partajului succesoral în general, a se vedea Genoiu I., *op. cit.*, p. 370 și urm.

¹⁸ Art. 1144 C. civ.

¹⁹ Pentru a cere partajul folosinței, coindivizarul trebuie să aibă numai capacitatea necesară încheierii actelor de administrare a patrimoniului. A se vedea Deak Fr., *op. cit.*, p. 497.

succesoral. Dintre toate acestea, am ales să punem în discuție, în lucrarea de față, pe cele care prezintă interes pentru materia moștenirilor, legală și testamentară, considerând că analiza lor, fie și sumară sau incompletă, prezintă deopotrivă actualitate și utilitate – teoretică și, mai ales, practică. În final, îndrăznim să invităm legiuitorul să supună unui examen mai atent conținutul art. 146 alin. (3) C. civ., care ne pare că neglijează distincția dintre testament și legat, suprapunând aceste două noțiuni și să reflecteze, de asemenea, asupra justetei extinderii acțiunii textului de lege în discuție și în ceea ce privește persoanele care beneficiază de consiliere judiciară, precum și asupra plasamentului acestuia în cuprinsul Codului civil.

Despre transmiterea proprietății private asupra imobilelor în perioada de tranziție a sistemelor de publicitate imobiliară

[Entry in The Land Register, The Perspective of The Transmission of The Property Right]

CS, dr. Oana-Florentina ISPAS*

Abstract: *The legal regime of the right of private property over real estate has experienced variations throughout the period of application of Romanian civil law, from ancient times to the present. In this paper, the research interest is the visualization of the legal perspectives of real estate advertising methods. With the help of the legal systems of bringing to the knowledge of all participants in the civil circuit of the holders of the rights of real property ownership, the subjective civil rights are protected by the erga omnes obligation to respect, and not to violate, the right of real property ownership with respect to which they have fulfilled real estate advertising formalities. From the present study it will be observed, on the one hand, that on the territory of Romania the real estate advertising systems were influenced by legal systems applicable at different times in the different historical regions, and on the other hand by the legal content of the effects, systems. of advertising have produced different legal effects: either of advertising, or of transmitting or constituting the right. The conclusion of the works brings into focus the need for a systematic, harmonized interpretation of the current regime of real estate advertising. The answer to the question „What is, by law, the legal nature of the effects of the entries in the Real Estate Register?”, is constituted by the concordant application of the main normative acts incident to the matter: the Civil Code of 2011, Law no. 71/2011 implementing the Civil Code, Law no. 7/1996 The cadastre and Land Registration law together with the most recent special regulation Reception and storage regulation¹ in the cadastre records and functional book approved by the Order of the ANCPI director no. 600/2023. Therefore, at this very moment, the following tabular rights are carried out in the Real Estate Register is strictly for the publicity of the formal constitutive legal operations of transmission of the right of ownership by means of a legal act concluded in the authentic form.*

Keywords: *Real Estate; Transfer; Opposability; Land Registry/Real Estate Register*

Introducere. Interdependența sistemului național de drept față de evoluția societății românești se reflectă și la nivelul influențelor permanente pe care cele două componente le suportă în mod organic, precum și prin aceea că se condiționează reciproc.

În acest sens, studiul istoriei dreptului românesc ne transformă în observatori ai modului de dezvoltare a societății prin interacțiuni juridice, societatea fiind analizată atât în ansamblul său, precum și la nivel de membri. Saltul evolutiv al individului, membru în societate, atât pe plan intelectual cât și social este adesea în strânsă relație cu poziția sa de deținător de avere – atât mobilă, dar mai cu seamă imobiliară: ca proprietar asupra terenurilor. Exemplificăm relația de cauzalitate dintre evoluție socială, statut social și drept de proprietate imobiliară amintind de etapa formării sistemului românesc de drept modern prin reforma lui Alexandru Ioan Cuza al cărui element central l-a constituit reforma agrară. Prin adoptarea legii reformei agrare din august 1864, în urma căreia sătenilor clăcași li se recunoaște statutul de proprietari exclusivi asupra cotei de 2/3

* Cercetător științific la Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; oana.ispas@icj.ro.

din dreptul de proprietate al terenurilor pe care exercitau deja posesia, societatea românească în ansamblul său își „deschide larg perspectivele dezvoltării capitaliste”¹.

Dreptul de proprietate asupra imobilelor însoțește, ca în toate culturile de altfel, și etapele de dezvoltare istorică ale poporului român. Fie că ne referim la perioada de formare a statului geto-dac în care proprietatea imobiliară a țăranilor liberi, deși lua forma stăpânirii colective, era particularizată prin stăpânirea individuală a parcelelor valoroase pentru cultivare, fie că ne referim la perioada apariției statului modern, în care proprietatea devine funcție socială, proprietatea asupra bunurilor imobile a reprezentat condiția intrinsecă a dezvoltării, iar regimul juridic al modului de transmitere a dreptului de proprietate privată, alături de epifenomenul asigurării publicității dreptului deținut a cunoscut ample modificări. Mecanismul juridic cel mai uzitat pentru transferul proprietății l-a reprezentat contractul de vânzare-cumpărare datorită caracterului său consensual.

Perioada modernă cunoaște, de asemenea, reforma legislativă civilă a domnitorului A.I. Cuza. Matricea avangardistă și unificatoare a normelor dreptului civil de influență franceză, ce a luat forma Codului civil al lui Cuza de la 1864, alocă materiei proprietății cea mai mare însemnătate – Cărțile a II-a și a III-a – fiind supranumit și „Codul patronilor și al proprietarilor”². Regimul juridic astfel instituit asupra drepturilor reale cuprindea și normele prin care indivizilor li se asigura protecția și garantarea proprietăților lor imobiliare.

În cadrul prezentului studiu, individul este privit din punct de vedere juridic și mai puțin sociologic, ca persoană fizică titulară de drepturi civile și obligații civile corelative întrucât de-a lungul întregii sale vieți intră inevitabil în raporturi juridice de drept, dintre acestea cele mai reprezentative fiind cele de drept privat a cărui subramură – dreptul civil – constituie esența reglementării relațiilor patrimoniale dintre membrii societății organizate statal.

Cu toate că la data adoptării sale Codului civil român i s-au adus numeroase critici considerându-se că reprezintă o preluare străină, inadaptabilă la modelul românesc de societate, un cod al „formelor fără fond”, dimensiunea socială a dreptului, mereu flexibilă, a demonstrat fie că normele nepotrivite din Codul civil francez au fost preluate de Comisie selectiv ținând seama de specificul autohton, fie că ori de câte ori realitatea socială a suportat modificări organice, sistemul dreptului le-a legiferat.

Adaptabilitatea și mobilitatea dreptului civil constituie factorul esențial al tranziției permanente în care se află sistemul de drept privit atât în ansamblul său, cât și pe ramuri ori chiar instituții de drept. După cum se afirmă în studiul Teoriei Generale a Dreptului, atunci când se analizează conținutul realității juridice, „înainte de a fi o realitate normativă, dreptul este o stare de conștiință, în sensul că nevoile schimbătoare ale societății [...] nu se transpun *tale quale* în limbajul și conținutul dreptului; ele trec prin conștiința legiuitorului [...]”³

Prin prevederile sale, sistemul de drept românesc completează marea familie a sistemului de drept Romano-Germanic care, spre deosebire de sistemul de drept Anglo-Saxon, se caracterizează – la cel mai înalt nivel de analiză – prin existența legii fundamentale *Constituția* în formă scrisă, prin interesul pentru codificarea normelor juridice elaborate de Stat în Coduri și Legi scrise, precum și prin divizarea dreptului în mari ramuri de drept, ramuri specifice câte unui domeniu de aplicare.

Cu privire la esența prezentului studiu – *tranziția în materia sistemelor de publicitate imobiliară în România* – apartenența la familia de drept Romano-Germanic nu a simplificat

¹ Cernea, E., Molcuț, E. *Istoria statului și dreptului românesc*. București: Ed. „ȘANSA-SRL”, 1991, p. 199.

² *Ibidem*, p. 200.

³ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, Ed. All Beck, București, 2002, p 49. Pentru detalii privind componentele juridicului: *conștiința juridică, dreptul și relațiile juridice* a se vedea nota¹ și bibliografia indicată.

lucrurile, ba dimpotrivă a generat dificultăți de unificare a reglementării, întrucât în cadrul izvorului original bicefal însuși există, după cum vom vedea în continuare, două abordări total diferite ale transmiterii dreptului de proprietate imobiliară. Astfel arătăm, anticipând oarecum concluzia, că sistemul german al cărților funciare leagă în mod intrinsec, constitutiv, actul translativ de proprietate de opozabilitatea sa *erga omnes*, pe când sistemul de drept francez stabilește doar o legătură extrinsecă, formală, de publicitate a actului translativ de proprietate.

În România, însă, cercetarea diacronică a momentelor de răscruce date de marile praguri legislative⁴ ne relevă că *de lege lata* realitatea juridică nu a fost întotdeauna unitară. Aceasta a oscilat între a adopta pentru scurt timp unul dintre cele două sisteme, sau pentru a le aplica pe ambele concomitent în spații geografice diferite, sau pentru a le combina între ele ca soluție tranzitorie.

1. Caracterul public al posesiei ca mod original de aducere la cunoștința publică a dreptului de stăpânire imobiliară. Instituția publicității imobiliare ca mijloc de ocrotire a dreptului de proprietate prin asigurarea opozabilității față de terți în opinia noastră își are se originea în caracterul public al stăpânirii de fapt asupra bunurilor, fie bunuri mobile ori chiar bunuri imobile. Începem studiul originii publicității imobiliare cu instituția juridică a posesiei – și nu a dreptului de proprietate – deoarece în privința dreptului de proprietate privată, cel puțin la nivelul dreptului roman, acesta nu este recunoscut anterior stăpânirii în fapt, istoriografia consemnând Legea celor XII table (sec IV î.e.n.) ca fiind primul izvor scris referitor la dreptul de proprietate cu semnificația de concept juridic. Anterior acestui corp de legi, secolul VI-V î.e.n. a fost caracterizat prin proprietatea obștească, astfel încât posesia constituia principalul elementul mundan de vizibilitate și îndreptățire la folosință.

Dacă inițial, în perioada vechiului drept roman – înaintea războaielor punico –, stăpânirea în fapt de către patricieni a unor parcele din *ager publicum* nu era ocrotită prin mijloace juridice, deși se plătea o arendă, în perioada clasică, odată cu dezvoltarea dreptului pretorian, titularii dreptului de folosință vor beneficia de *interdicte posesiunii*. Aceste interdicte ocroteau posesiunea ca stăpânire de fapt, față de terți, prin aceea că aveau rolul de a face opozabil tuturor dreptul de folosință acordat de stat asupra parcelelor din ogorul public. În mod corelativ, simpla detenție a bunurilor nu beneficia de protecția interdictelor. Principalul avantaj al posesorilor fiind evidența în materia probatoriului, întrucât la momentul tulburării, prin contestare ori depozitare, posesorii nu trebuiau decât să afirme că posedă (*possideo, quia possideo*). Sarcina probei că posesorul nu este un adevărat posesor îi va reveni uzurpatorului⁵.

Importanța interdictelor posesorii pentru istoria publicității imobiliare considerăm că se regăsește în succesiunea de reglementări care au urmat introducerii acestora, din vechiul drept roman chiar și până în zilele noastre.

Astfel, opinăm că utilizarea în epoca romană, în contextul arătat, pe scară din ce în ce mai largă a interdictelor posesorii a stat la baza dualismului de reglementare. Concret, interdicte posesorii au fost folosite din ce în ce mai des chiar pentru ocrotirea proprietății înseși, datorită

⁴ Ne referim, fără a detalia, la organizarea de stat a României privită din perspectiva legii fundamentale care a influențat regimul juridic al imobilelor și implicit și pe cel al publicității imobiliare. Considerat de specialiști ca fiind prima Constituție a României, Statutul dezvoltător al lui Cuza de la 1864 i-au urmat Constituțiile de întemeiere și întregire din 1866 (Unirea Principatelor Române), din 1923 (Marea Unire), din 1938 (Regatul României), apoi Constituțiile comuniste din 1948 și 1965, pentru a încheia cu Constituția democrației – după Revoluția din decembrie 1989 –, Constituția din 1991 revizuită în 2003 (adoptarea și revizuirea au avut loc prin referendum național, în 08.12.1991, respectiv 18-19.10.2003).

⁵ Hanga, V., Bocșan, M.D., *Curs de drept privat roman*. București. Ed. Universul Juridic, 2006. p 182. Pentru detalii privind avantajele utilizării interdictelor pretorilor față de acțiunea de drept în cazul ocrotirii posesiei, pp. 175-184, *op. cit.*

simplității lor procedurale. Dezvoltarea ulterioară a dreptului civil continental în materia transmiterii dreptului de proprietate va da naștere la două teorii care mai târziu au condus la apariția celor două sisteme de publicitate imobiliară enunțate mai sus. Pe de o parte pentru a se preîntâmpina uzurpările prin interdict se făcea publică posesia, iar pe de altă parte prin interdict se proteja însăși proprietatea. Identificarea acestei duble perspective pentru ocrotirea dreptului de proprietate imobiliară considerăm a fi două argumente suficiente pentru raportul de cauzalitate privind întemeierea publicității imobiliare actuale pe cele două cauze ale interdictelor: cauza primă și cauza finală, motivul și efectul reglementării. Astfel la milenii distanță observăm pe de o parte, existența sistemului actual german de publicitate imobiliară – cu efect constitutiv de drepturi – similar cu ideea romană că ocrotirea posesiei ocrotește însăși proprietatea, iar pe de altă parte existența sistemului francez actual – cu efect declarativ de drepturi – întemeiat pe motivele inițiale de ordine socială, de respectare a aparenței stăpânirii imobiliare, pe rațiuni de opozabilitate față de terți a posesiei consfințită prin interdicte⁶.

Dreptul civil modern român distinge și el între posesia ca stare de fapt de sine stătătoare – căreia i se recunosc anumite efecte juridice, și posesia ca stare de drept, ce reprezintă un atribut al dreptului real de proprietate. Ocrotirea posesiei prin mijloace juridice are loc, în temeiul art. 922 C. civ., numai în situația în care aceasta nu este afectată de viciile posesiei, dintre acestea clandestinitatea fiind una esențială⁷. Într-o opinie recentă se arată că posesia îndelungată ce conduce la efectul juridic al uzucapiunii – opozabil terților cu efect retroactiv – va avea câștig de cauză în situația unui conflict între titlul de proprietar înscris în sistemul de publicitate cu efect declarativ și posesorul uzucapant⁸. Calitatea posesiei de a fi exercitată în mod public reprezintă în fapt relația de opozabilitate față de terți necesară atât protecției depline a circuitului civil cât și ocrotirii drepturilor reale imobiliare.

2. Scopul publicității imobiliare. Operațiunile juridice de drept privat realizate între persoanele fizice au loc preponderent prin încheierea de acte juridice, fie personal fie prin reprezentanți, iar cele mai uzitate acte juridice translativ de proprietate sunt contractele consensuale prin care se manifestă declarația de voință a părților⁹.

În ceea ce privește nașterea și suportarea efectelor juridice în situația părților participante la încheierea actelor juridice, efectele operațiunii juridice se produc imediat, în virtutea participării directe și a transmiterii acordului de voință concordant. Cu toate acestea, interesul părților semnatare excedă cadrului juridic inițial, astfel încât este necesar ca și persoane terțe, care nu au participat la operațiunea juridică, să cunoască, să respecte și să se supună într-o anumită măsură specifică efectelor acesteia.

Așadar, alături de efectul relativității și al obligativității actelor juridice, încheierea unei operațiuni juridice suportă și consecința necesară a opozabilității întrucât noul act juridic de drept privat modificator al circuitului civil trebuie adus la cunoștința opiniei publice ca fiind o nouă

⁶ Teoria lui F.-K. von Savigny consideră că prin interdictele posesorii „se păstrează pacea socială”, întrucât se „împiedică indivizii să-și facă singuri dreptate”, să ocupe teritorii despre care se cunoaște că aparțin altor indivizi. *Ibidem*, p. 183.

⁷ Viciile posesiei Art. 922 Cod civil.(1) *În afara situațiilor prevăzute de lege, nu poate produce efecte juridice decât posesia utilă.* (2) *Nu este utilă posesia discontinuă, tulburată sau clandestină. Până la proba contrară, posesia este prezumată a fi utilă.*

⁸ Boar, A. *Uzucapiunea Prescripția Posesia și Publicitatea drepturilor*. București. Ed. Lumina Lex, 1999, p. 264.

⁹ Conform principiului *solus consensus obligat* nașterea unui act juridic valabil nu este condiționată de formalități ci „este suficient ca voința juridică să fie declarată” Vasilescu P., *Relativitatea actului juridic civil*. București: Ed. Rosetti, 2003, p. 65.

realitate juridică. Aducerea la cunoștință publică a actului juridic înseamnă în esență operațiuni formale care slăbesc principiul consensualismului în forma sa tare.

În doctrina juridică s-a arătat că în realitate, când avem în vedere eficacitatea actului juridic, distincția dintre *relativitate* – văzută ca eficacitatea actului față de părțile contractante și avânzii lor cauză – și *opozabilitate* – atunci când actul devine eficace *erga omnes* – nu există diferențe pe tărâmul efectelor „în principiu, toate elementele juridice sunt în același timp relative și opozabile”¹⁰. Aceasta când avem în vedere substanța actului și elementele sale constitutive. Însă opozabilitatea, privită în doctrină și din perspectiva conceptului juridic, îmbracă două sensuri: unul general și altul restrâns.

În opinia noastră aceste precizări de reflecție doctrinară constituie argumente explicative, ce se adaugă celor de natură istorică, pentru justificarea existenței celor două sisteme de publicitate imobiliară cu efecte diferite: efect atributiv sau declarativ de drepturi.

Așadar, privită *lato sensu* opozabilitatea se confundă cu relativitatea efectelor juridice fiind apreciată în raporturile dintre părți, iar *stricto sensu* opozabilitatea ar viza doar efectul de publicitate față de terți, limitându-se la aducerea în atenția acestora a noii realități juridice generată de părți.

Față de această nouă realitate juridică, în materia transmiterii drepturilor reale ce poartă asupra imobilelor, în funcție de sistemul de publicitate imobiliară existent în ordinea juridică, aducerea la cunoștință terților cunoaște mecanisme tehnice, scopuri și roluri juridice diferite. În doctrina de drept românesc se reține diferența de concept juridic dintre publicitatea informativă, publicitatea declarativă și publicitatea constitutivă¹¹. Elementul comun tuturor formelor de publicitate imobiliară îl reprezintă caracterul informativ – de aducere la cunoștință –, pe când diferența dintre sisteme este dată de modul în care publicitatea imobiliară influențează însăși perfectarea actului juridic în cauză.

Cu toate că de lege lata Codul civil român stabilește regula consensualismului, a libertății formei atât în materie contractuală, precum și în materia vânzării și a transmiterii drepturilor reale¹², excepția privitoare la transferul proprietății în funcție de natura imobilă a bunurilor impune transmiterea drepturilor reale imobiliare sub forma solemnă a actului autentic.

Regimul juridic diferențiat s-a impus în formula sa actuală – ca sistem de publicitate imobiliară integrat, unificat, de cadastru și publicitate imobiliară – odată cu modificările legislative intervenite după anul 1989. Anterior, sub imperiul codului civil de la 1864 consensualismul în materia vânzărilor era reglementat în art. 1295 alin. (1), iar publicitatea imobiliară era prevăzută doar pentru opozabilitatea față de terți¹³. Într-o opinie pe care o îmbrățișăm, *terțul opozabil* nu este

¹⁰ Deleanu, I. Părțile și Terții Relativitatea și Opozabilitatea efectelor juridice București: Ed. Rosetti, 2002 p. 74.

¹¹ Pentru detalii privind funcțiile publicității imobiliare: informativă, constitutivă, translativă sau de opozabilitatea față de terți, Nicolae, M., *Tratat de publicitate imobiliară*. Vol. I. București: Ed. Universul Juridic, 2006. P. 160 și urm.

¹² Cod civil: Art. 1174 Contractul poate fi consensual, solemn sau real. (2) *Contractul este consensual atunci când se formează prin simplul acord de voință al părților*. Art. 1178 *Contractul se încheie prin simplul acord de voințe al părților dacă legea nu impune o anumită formalitate pentru încheierea sa valabilă*. Art. 1650 (1) *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 îl plătească*.

¹³ Cod civ. vechi. Articolul 1295 *Vinderea este perfectă între părți și proprietatea este de drept strămutată la cumpărător, în privința vânzătorului, îndată ce părțile s-au învoit asupra lucrului și asupra prețului, deși lucrul încă nu se va fi predat și prețul încă nu se va fi numărat. În materie de vindere de imobile, drepturile care rezultă prin vinderea perfectă între părți, nu pot a se opune, mai înainte de transcripțiunea actului, unei a treia persoane care ar avea și ar fi conservat, după lege, oarecare drepturi asupra imobilului vândut*.

însă o persoană total străină de situația juridică imobiliară, ci este acea persoană care dovedește totuși un interes legitim în cunoașterea ori contestarea actului translativ de proprietate imobiliară cu titlu oneros la a cărui formare nu a participat: „Calitatea de terț nu poate fi decât relativă și circumstanțiată”¹⁴.

Sub regimul juridic actual, publicitatea imobiliară se întemeiază pe sistemul de evidență a cadastrului, astfel că regimul proprietății nu se limitează doar la funcția juridică a publicității – de identificare a titularului dreptului de proprietate –, ci dreptul exercitat asupra pământului se întregește cu elementele tehnice ale cadastrului și aspectele de ordin financiar prin funcția economică a cadastrului și publicității imobiliare. Pentru a beneficia de un sistem integrat de publicitate imobiliară inventarierea pământului este esențială, lucrările de specialitate consemnând că măsurătorile topografice urmate de transcrierea datelor în registre speciale se efectuează de peste 6000 ani, termenul „cadastru” având sensul de „a înșira de sus în jos”¹⁵.

Într-o altă opinie noțiunea are origini latine provenind de la „*capitum registrum*” însemnând *dare pe cap de familie* ce a fost preluat la rândul său din grecescul *katastikhon* cu sensul de catastif, *registru de impunere*. Legătura indisolubilă dintre evidențele istorice, oficiale, ținute în registre atât prin arătarea întinderii suprafeței cât și a titularului dreptului de proprietate au supraviețuit până în epoca actuală, definiția legală a Cadastrului general din legea nr. 7/1996 păstrând dubla funcție a înscrierilor, căreia i se adaugă elementul economic de cunoaștere a valorii parcelei „Cadastrul general este sistemul unitar și obligatoriu de evidență tehnică, economică și juridică a tuturor imobilelor de pe întreg cuprinsul țării”¹⁶.

3. Tranziția de la principiul consensualismului la solemnitatea cerută actului juridic pentru transferul dreptului de proprietate imobiliară. Datorită importanței deosebite pe care au dobândit-o proprietățile imobiliare prin liberalizarea pieței tranzacțiilor și readucerea în proprietate privată a terenurilor naționalizate ori confiscate de regimul comunist, în România democratică de după 1989, s-a reconsiderat – din punct de vedere juridic, social – nevoia reglementărilor privind securitatea transferului de proprietate imobiliară.

În acest sens, întrucât principiul consensualismului nu oferea siguranța necesară descurajării abuzurilor prin înșelăciune – prin lipsa unei supervizări a tranzacțiilor de către un profesionist al dreptului – prin Legea nr. 54/1998 privind circulația juridică a terenurilor s-a reglementat la art. 2 obligativitatea formei autentice în materia transferului proprietății asupra terenurilor „*Terenurile situate în intravilan și extravilan pot fi înstrăinate și dobândite prin acte juridice între vii, încheiate în forma autentică*”. Prin această reglementare s-a legiferat excepția de la caracterul consensual al încheierii actelor juridice dar doar după natura imobilă a obiectului circumstanțiat: doar terenurile intravilane și extravilane, și evident legea producea efecte doar pentru viitor.

Alături de terenuri însă valorile crescute ale imobilelor clădiri necesitau de asemenea o protecție specială, înstrăinările acestora rămânând în continuare sub prevederile Codului civil. Prin urmare, odată cu adoptarea Legii nr. 7/1996 a publicității imobiliare s-a încercat extinderea formalismului contractual și la imobile de orice tip. Numai că regulile privind mecanismele legislative de ierarhizare, armonizare, sistematizare și unificare a legislației¹⁷ impuneau repere

¹⁴ Deleanu, I., *op. cit.* pp 76-77

¹⁵ Miclea, M. *Mic lexicon de cadastru și carte funciară*. București: Ed. All Beck, 2000, prefață.

¹⁶ Boș, N. *Cartea funciară și expertiza tehnică topo-cadastrală*. București: Ed. All Beck, 2003.

¹⁷ La momentul 1989 actul normativ privind tehnica legislativă data din 1976, Decretul nr. 16/1976 pentru aprobarea Metodologiei generale de tehnică legislativă privind pregătirea și sistematizarea proiectelor de acte

greu de respectat în totalitate, ceea ce a condus la reglementări inadecvate, a căror soluționare a putut fi definitivată doar odată cu punerea în aplicare a noului Cod civil din 2011.

Cu titlu de exemplu edificator pentru interesul temei conferinței de față – *tranziția în materia dreptului* – arătăm modificările aduse condițiilor cerute pentru înscrierea dreptului de proprietate imobiliară în Cartea funciară, chiar și numai pentru efectul său de publicitate imobiliară. Conform art. 22 din legea nr. 7/1996, în forma sa de bază¹⁸, actele necesare intabulării trebuiau să îndeplinească doar cerința încheiate conform legii „*în mod valabil*” (sintagma juridică uzitată în mod generic). „*Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra unui imobil se vor înscrie în cartea funciară pe baza actului prin care s-au constituit ori s-au transmis în mod valabil*” (s.n.).

Pentru rațiunile descrise mai sus, în 2004 prin modificările aduse de O.U.G. nr. 41/2004¹⁹ art. 22 din Legea nr. 7/1996 va fi modificat prin impunerea formei autentice pentru orice titlu de proprietate a cărui înscriere în Cartea funciară se solicită „*Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra unui imobil se vor înscrie în cartea funciară pe baza actului prin care s-au constituit ori s-au transmis, numai dacă acel act s-a încheiat în formă autentică*” (s.n.). Cerința generală privea dintr-o dată toate bunurile imobile, privea un drept de intabulare a cărui obligativitate era impusă de lege, privea de asemenea încălcarea ierarhiei actelor normative și a forței juridice a legii care se găsea astfel modificată printr-un act cu putere inferioară precum Ordonanța de urgență a Guvernului.

Pentru aceste motive, sub critica doctrinară, în anul 2005 s-a renunțat la modificarea amintită, revenind la forma textului original, prin noile modificări aduse de *mica reformă* odată cu Titlul XII al Legii nr. 247/2005²⁰. Art. 22(1) Legea nr. 7/1996 „*Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra unui imobil se vor înscrie în cartea funciară pe baza actului prin care s-a constituit ori s-au transmis în mod valabil*” (s.n.). Totodată prin pachetul legislativ introdus în 2005 s-a abrogat Legea nr. 54/1998, prevederile acesteia fiind preluate în final în noul Cod civil prin abrogarea Titlului X modificator prin art. 230 din Legea nr. 71 din 3 iunie 2011 de punere în aplicare a noului Cod civil.

Astfel, după un periplu de 5 ani transformarea regulii consensualismului în solemnitate în privința transferului dreptului de proprietate imobiliară a luat sfârșit, la acest moment reglementarea fiind fixată în art. 24 (3) din Legea nr. 7/1996 republicată. Art. 24 [...] „(3) *Dreptul de proprietate și celelalte drepturi reale asupra unui imobil se vor înscrie în cartea funciară pe baza înscrisului autentic notarial* (s.n.) *sau a certificatului de moștenitor, încheiate de un notar public în funcție în România, a hotărârii judecătorești rămasă definitivă și irevocabilă sau pe*

normative, Decret ce a fost abrogat prin adoptarea Legii nr. 24/2000 privind normele de tehnică legislativă pentru elaborarea actelor normative.

¹⁸ Legea cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7 din 13 martie 1996, a fost publicată în M. Of. nr. 61 din 26 martie 1996 și a intrat în vigoare la 01.07.1999; <https://legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/7798>

¹⁹ O.U.G. nr. 41 din 27 mai 2004 publicată în M. Of. nr. 509 din 7 iunie 2004 a fost emisă cu următoarea expunere de motive: „ținând cont de recomandarea Băncii Mondiale de a unifica cele două unități de management care realizează derularea Proiectului cadastrului și publicității imobiliare, în scopul creării sistemului unic de cadastru, în concordanță cu Declarația asupra cadastrului în Europa, adoptată la Congresul de la Granada în anul 2002, conform căreia informațiile din cadastru trebuie să fie disponibile pentru toți cetățenii, pentru toate instituțiile publice și private [...]”

²⁰ Legea nr. 7 din 13 martie 1996 a fost **Republicată în 2005** în temeiul art. II al titlului XII din 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, dându-se textelor o nouă numerotare.

baza unui act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta, prin care s-au constituit ori transmis în mod valabil.”[...].

Reglementarea specială din art. 24 Legea 7/1996 se armonizează cu prevederile din Codul civil Titlul VII Cartea funciară, art. 888 „Înscrierea în cartea funciară se efectuează în baza înscrisului autentic notarial, a hotărârii judecătorești rămase definitivă, a certificatului de moștenitor sau în baza unui alt act emis de autoritățile administrative, în cazurile în care legea prevede aceasta”, precum și cu art. 13 (1) Regulamentul ANCPI „Intabularea sau înscrierea provizorie se efectuează în baza înscrisurilor prevăzute de Legea nr. 7/1996, republicată, art. 888 C. civ. precum și a altor înscrisuri prevăzute expres de lege”²¹.

4. Organizarea publicității imobiliare în România și tranziția de la Registrele de transcripțiuni și înscripțiuni imobiliare la înscrierea în Carte funciară. Constituie deja un loc comun realitatea juridică conform căreia certitudinea juridică este obligatorie pentru toate operațiunile juridice prin care se constituie, se transmit, ori se modifică sau sting drepturile de proprietate imobiliară, drepturi considerate multă vreme mai valoroase și mai importante decât drepturile reale ce poartă asupra mobilelor.

După cum am arătat mai sus, sistemul de drept civil românesc a fost inspirat de dreptul civil continental ce este format din unirea a două curente ce au condus la apariția Sistemului romano-germanic. Sistemul francez al legislației consensualiste și sistemul german al formalismului. La nivelul publicității imobiliare soluțiile găsite de cele două tipuri de legislație au creat sisteme de publicitate diferite pe tărâmul funcțiilor pe care le îndeplinește publicitatea imobiliară. Alături de funcția primară de informare – aducere la cunoștința terților –, formalitățile de publicitate imobiliară fie participă activ la formarea în mod valabil a actului translativ de proprietate – publicitatea fiind constitutivă de drepturi, ca în sistemul german – sau nu participă la validitatea transferului de proprietate, rolul său fiind doar de opozabilitate ca în sistemul francez – publicitate confortativă.

În atare situație este limpede că definiția publicității imobiliare nu poate avea caracter universal, aceasta depinzând de politica legislativă a fiecărui stat de a alege între cele două sisteme sau chiar de a le combina între ele în funcție de specificul național.

România, datorită situațiilor geopolitice traversate de-a lungul istoriei sale statale, a reglementat și a definit în mod diferit publicitatea imobiliară distingând atât la nivel teritorial, pe regiuni istorice, cât și la nivel de conținut, în ceea ce privește cerințele și efectele înscrierilor în registre sau cărți a dreptului de proprietate imobiliar.

O definiție dată în doctrină, sub regimul Codului civil vechi, consideră publicitatea ca fiind „un ansamblu de mijloace juridice care au ca scop să asigure siguranța, evidența și opozabilitatea față de terți a actelor juridice prin care se constituie, se transmit sau se sting drepturi reale imobiliare.”²²

După punerea în aplicare a noului Cod civil, doctrina secondează codul civil cu observarea limitelor impuse de art. 56 (1) din Legea nr. 71/2011, ca fiind „totalitatea mijloacelor juridice prevăzute de lege prin care se determină situația materială și juridică a bunurilor imobiliare, în

²¹ Ordinul nr. 13/2023 privind modificarea și completarea Regulamentului de avizare, recepție și înscriere în evidențele de cadastru și carte funciară, aprobat prin Ordinul directorului general al Agenției Naționale de Cadastru și Publicitate Imobiliară nr. 700/2014 În vigoare de la 19 ianuarie 2023, publicat în M. Of. nr. 54 din 19 ianuarie 2023. Formă aplicabilă la 20 ianuarie 2023.

²² Safta-Romano Eug., *Dreptul de proprietate privată și publică în România*. Iași: Ed. Graphix, 1993, p. 362.

*mod public, prin registre speciale ținute de autoritățile statale în vederea ocrotirii intereselor titularilor de drepturi reale imobiliare și a celor legate de asigurarea circulației lor în condițiile legii*²³.

De *lege lata*, prevederile noului Cod civil cuprind dispoziții conform cărora, ca regulă generală, sistemul de publicitate imobiliară aplicabil în România este cel inspirat de sistemul constitutiv de drepturi – sistemul german de publicitate prin înscrierea drepturilor reale imobiliare în Cartea Funciară.

Art. 18 (2) – *Publicitatea se realizează prin cartea funciară(...)*

Art. 20 (1) – *Publicitatea asigură opozabilitatea dreptului, actului, faptului, precum și a oricărui alt raport juridic supus publicității, stabilește rangul acestora și, dacă legea prevede în mod expres, condiționează constituirea sau efectele lor juridice.*

Art. 22 (1) – *Dacă formalitatea de publicitate nu a fost realizată, iar aceasta nu era prevăzută de lege cu caracter constitutiv (...)*

Art. 885(1) *Dobândirea și stingerea drepturilor reale asupra imobilelor. Sub rezerva unor dispoziții legale contrare, drepturile reale asupra imobilelor cuprinse în cartea funciară se dobândesc, atât între părți, cât și față de terți, numai prin înscrierea lor în cartea funciară, pe baza actului sau faptului care a justificat înscrierea.*

Art. 889 (1) *Proprietarul poate renunța la dreptul său printr-o declarație autentică notarială înregistrată la biroul de cadastru și publicitate imobiliară pentru a se înscrie radierea dreptului.*

Cu toate acestea, tot de *lege lata*, dispozițiile tranzitorii cuprinse în art. 56 (1) din Legea nr. 71/2011 de punere în aplicare a noului Cod civil, suspendă de la aplicare regula publicității imobiliare prin înscriere în cartea funciară cu caracter constitutiv de drepturi până la un moment incert, determinabil în viitor prin finalizarea lucrărilor de cadastru la nivelul întregii țări.

Art. 56

(1) Dispozițiile art. 557 alin. (4), art. 565, art. 885 alin. (1) și art. 886 C. civ. se aplică numai după finalizarea lucrărilor de cadastru pentru fiecare unitate administrativ-teritorială și deschiderea, la cerere sau din oficiu, a cărților funciare pentru imobilele respective, în conformitate cu dispozițiile Legii cadastrului și a publicității imobiliare nr. 7/1996, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

(2) Până la data prevăzută la alin. (1), înscrierea în cartea funciară a dreptului de proprietate și a altor drepturi reale, pe baza actelor prin care s-au transmis, constituit ori modificat în mod valabil, se face numai în scop de opozabilitate față de terți.

În România, până la intrarea în vigoare a legii nr. 7/1996 cadastrului și publicității imobiliare ambele sisteme au coexistat, în zone geografice diferite, neexistând un sistem general și unitar de evidență a imobilelor.

În Muntenia, Moldova, Oltenia și Dobrogea s-a aplicat sistemul de publicitate al registrelor de transcripțiuni și inscripțiuni întemeiat pe Codul civil – sistemul publicității personale în care evidența este ținută pe numele proprietarului, iar efectul transcrierii era de opozabilitate față de terți.

În Transilvania și Moldova de Nord s-a aplicat sistemul cărților funciare în temeiul Decretului nr. 115/1938, denumit și sistemul publicității reale, în care evidența este ținută pe imobile.

²³ Bîrsan, C. *Drept civil. Drepturile reale principale*. București. Ed. Hamangiu, 2013, p. 437.

2. Concluzie

Efectul tranzitoriu al înscrierii în Cartea funciară în temeiul art. 56 alin. (1) din Legea nr. 71/2011.

După cum s-a arătat în cuprinsul prezentului studiu, la acest moment reglementarea din Codul civil conform căreia dispozițiile de carte funciară cuprinse în Cartea a III-a, Titlul VII art. 876-915 ce stabilesc natura juridică a publicității imobiliare ca având caracter translativ de drepturi tabulare – drepturile care conform legii fac obiectul înscrierii în Cartea funciară –, este suspendată sub acțiunea prevederilor art. 56(1) din Legea nr. 71/2011 ce amână caracterul constitutiv de drepturi până la finalizarea lucrărilor cadastrale la nivelul întregii țări.

Pe cale de consecință, în mod provizoriu, tranzitoriu, efectul juridic al intabulării drepturilor reale imobiliare este doar de opozabilitate față de terți.

Dreptul la despăgubiri în cadrul divorțului contencios

[The Right to Compensation in Contentious Divorce]

Dr. Cristiana-Mihaela CRĂCIUNESCU*

Abstract: According to the current Civil Code, the fault of the spouses in divorce acquires an unprecedented importance, especially on the material level. The pecuniary effects of the contentious divorce try to compensate, as far as possible, the sufferings of the innocent spouse, who, in addition to losing access to the family, also suffers a series of material damages, or at least inconveniences, who have a negative impact upon their future. These are mainly: compensation, compensatory damages, and obligation of maintenance between the former spouses. As we take into consideration the fact that these are relatively new legal institutions, both the right to compensation for the damages caused by the dissolution of the marriage and the compensatory damages have a non-unitary jurisprudence that is always looking for meanings and interpretations to support the applicants.

Keywords: Divorce; Exclusive Fault; Compensation; Compensatory Damages; Damages

1. Introducere în problematica divorțului contencios

Divorțul, aceasta veche instituție a dreptului familiei, dobândește noi valențe prin adoptarea actualului Cod civil¹, atât sub aspectul formelor pe care ar putea să le îmbrace, cât și sub cel al efectelor produse.

Astfel, divorțul poate fi obținut pe cale administrativă, prin procedură notarială sau prin procedura judiciară. Pe cale administrativă și prin procedură notarială se poate obține doar divorțul prin acordul soților. Divorțul soluționat de instanțele judecătorești se poate pronunța atât prin acordul soților cât și din culpa unuia dintre aceștia, ori din cauza stării de sănătate a soțului reclamant, care face imposibilă continuarea căsătoriei. La rândul său, divorțul din culpă se poate pronunța din culpa exclusivă a unuia dintre soți sau din culpa lor comună.

Ne interesează aici doar divorțul contencios, pronunțat din culpa exclusivă a unuia dintre soți, fie că este doar din culpa soțului pârât, în temeiul art. 373 lit. b), fie că este din culpa soțului reclamant, în ipoteza separării în fapt de minim doi ani. Ambele forme ale divorțului din culpa exclusivă a unuia dintre soți produc o serie de efecte între soți care nu au fost cunoscute sub vechea reglementare a Codului familiei.

Este vorba atât de efecte personale, cât și patrimoniale prin care legiuitorul Codului civil a dorit să limiteze, pe cât posibil, traumele suferite de soțul nevinovat ca urmare a desfacerii căsătoriei.

Pe plan personal, art. 384 alin. (2) C. civ. prevede că „Soțul împotriva căruia a fost pronunțat divorțul pierde drepturile pe care legea sau convențiile încheiate anterior cu terții le atribuie acestuia”. Deși nu și-au găsit o largă aplicare, aceste dispoziții legale creează în favoarea soțului nevinovat premisele unor avantaje în raporturile cu terțe persoane.

* Formator al Institutului Național al Magistraturii; cristiana.craciunescu.inm@gmail.com

¹ Codul civil a fost adoptat prin Legea nr. 287/2009 privind Codul civil, republicată în M. Of. nr. 505 din 15 iulie 2011 și a intrat în vigoare la 1 octombrie 2011.

Paleta efectelor patrimoniale ale divorțului este mai largă, cuprinzând, alături de încetarea dispozițiilor regimului primar și ale regimului matrimonial aplicabil căsătoriei respective, nașterea obligației de întreținere între foștii soți (când este cazul) și efectele pe care divorțul pronunțat din culpă exclusivă le poate atrage în sarcina soțului culpabil.

2. Ce ar putea plăti soțul care a pierdut divorțul?

Vorba aruncată uneori cu destulă ușurință: „ai să mi-o plătești” poate deveni, în acest context, perfect aplicabilă. O dovedește varietatea efectelor divorțului cu privire la raporturile patrimoniale dintre soți.

Reglementarea Codului civil cu privire la efectele patrimoniale ale divorțului aduce instituții necunoscute anterior în dreptul românesc pe tărâmul efectelor patrimoniale ale desfacerii căsătoriei prin procedura contencioasă. Ne referim, în acest context, la obligațiile soțului exclusiv vinovat pentru desfacerea căsătoriei, corelative drepturilor de ordin patrimonial ale soțului inocent. Sunt drepturi și obligații concepute cu cele mai juste intenții, dar care considerăm că uneori pot conduce la o escaladare a conflictului dintre soți în cadrul procesului de divorț, când labilitatea emoțională se situează la cote maxime.

Cu certitudine, soțul nevinovat pentru deteriorarea relațiilor de familie care a condus la divorț are de înfruntat suferințe profunde pe plan emoțional, dar nu de puține ori acestea sunt dublate și de un dezechilibru material pe care desfacerea căsătoriei îl atrage după sine. Și atunci, care ar putea fi soluția care să echilibreze, cel puțin într-o oarecare măsură, astfel de situații? Evident, soluția adusă de legiuitor constă într-o serie de obligații care pot fi stabilite de instanța de tutelă și familie în sarcina soțului vinovat. Și se înscriu aici: obligația de a plăti despăgubirile reglementate de art. 388 C. civ. și prestația compensatorie.

Dacă despăgubirile datorate de soțul culpabil celuilalt soț au menirea de a acoperi un prejudiciu suferit de acesta din urmă prin desfacerea căsătoriei, prestația compensatorie are drept scop compensarea, atât cât este posibil, a unui dezechilibru semnificativ pe care divorțul l-ar determina în condițiile de viață ale celui care o solicită². Prestația compensatorie este, așadar, o prestație periodică pe care fostul soț obligat urmează să o plătească pe întreaga perioadă dispusă de instanță, care se poate întinde pe o durată limitată necesară redresării financiare a creditorului acestei obligații sau pe întreaga viață a acestuia (renta viageră). Este o obligație care poate fi dispusă în bani sau în natură (spre exemplu prin uzufructul unor bunuri) și care poate fi modificată în cazul în care mijloacele debitorului sau nevoile creditorului se schimbă.

Tot într-o logică de echitate, raportată la culpa exclusivă în divorț, se înscrie și limitarea dreptului fostului soț vinovat exclusiv pentru desfacerea căsătoriei la întreținere din partea fostului soț nevinovat la un an de la desfacerea căsătoriei³. Spre deosebire de fostul soț nevinovat sau de cei divorțați din culpă comună, care au dreptul la întreținere de la foștii lor soți pe termen nelimitat, soțul vinovat exclusiv pentru divorț are dreptul la întreținere de la fostul său soț doar timp de un an de la desfacerea căsătoriei, bineînțeles dacă îndeplinește toate condițiile prevăzute de lege pentru obținerea întreținerii în acest context.

Exigența reglementării efectelor divorțului pentru soțul culpabil exclusiv pentru desfacerea căsătoriei ar trebui, logic, să constituie un stimulent pentru a fi mai atent în timpul căsătoriei în gestionarea relațiilor de familie. Nu totdeauna însă se întâmplă așa. Iar intensitatea stărilor emoționale negative generate de conflictele între soți conduc, adesea, la multă încrâncenare manifestată în cadrul proceselor de divorț, când fiecare încearcă să se răzbune într-un fel pentru

² Art. 390 C. civ.

³ Art. 389 alin. (4) C. civ.

comportamentele neconforme cu dorințele sale ale celuilalt. De aceea încărcătura emoțională a cauzelor de divorț contencios atinge uneori cote foarte înalte, iar judecătorul încearcă, prin sfaturile de împăcare pe care le acordă, să aplaneze conflictele pe cât posibil și să conducă soții spre conștientizarea beneficiilor unei înțelegeri.

3. Dreptul la despăgubiri – inovație sau inspirație?

Dreptul soțului inocent la despăgubiri pentru prejudiciul produs prin desfacerea căsătoriei, reglementat în art. 388 C. civ., constituie o instituție juridică nemaîntâlnită în legislația românească anterior actualului Cod civil. Modelul legiuitorului l-a constituit, în principal, art. 266 Cod civil francez⁴. Despăgubirile pot fi acordate în dreptul francez pentru consecințe deosebit de grave ale divorțului pentru soțul nevinovat. Un exemplu de consecințe deosebit de grave ale divorțului au fost considerate, de exemplu, de instanțele franceze, în cazul unei soții vietnameze care, în urma divorțului din culpa exclusivă a soțului francez va fi nevoită să rămână în Franța după ce a abandonat tot ce o lega de țara natală, întrucât regimul politic din Vietnam nu îi permitea să își reia situația familială și socială pe care o avusese ca profesor de limbi străine, întoarcerea ei putând-o prejudicia și pe sora sa care urma să devină și ea profesoară universitară și se temea de efectele pe care situația surorii divorțate i le-ar putea produce⁵.

Spre deosebire de varianta franceză însă, în care pot fi obținute despăgubiri de către soțul care nu a formulat niciodată o cerere de divorț sau care este nevinovat, în dreptul românesc doar soțul nevinovat are acest drept. Ca și în dreptul francez, și legea română prevede că despăgubirile pe acest temei nu se pot acorda decât prin hotărârea de divorț⁶.

Dreptul la despăgubiri a existat și în Codul civil din Luxembourg⁷, dar a fost abrogat prin legea din 27 iunie 2018, odată cu abrogarea divorțului din culpă, modificare legislativă întâlnită și în dreptul belgian. Din această perspectivă am putea socoti că despăgubirile în divorțul din culpă exclusivă ar constitui o instituție de drept falimentară, întrucât tendința generală a evoluției dreptului familiei în tot mai multe țări se manifestă în sensul renunțării la culpa în divorț și, în consecință, și la efectele patrimoniale legate de aceasta.

În dreptul românesc, potrivit dispozițiilor art. 388 C. civ., soțul nevinovat care suferă un prejudiciu prin desfacerea căsătoriei este îndreptățit să ceară soțului vinovat să îl despăgubească. Este vorba, așadar, despre o formă de răspundere care intervine doar în cazul în care există un prejudiciu suferit de soțul nevinovat prin desfacerea căsătoriei, iar nu prin fapte pe care soțul vinovat le-a săvârșit în timpul căsătoriei, care pot constitui motive de divorț. În acest din urmă caz, remediul îl constituie solicitarea unor despăgubiri pentru răspunderea civilă delictuală,

⁴ În varianta modificată prin Legea nr. 439 din 26 mai 2004, în vigoare de la 1 ianuarie 2005 se prevede că „...despăgubirile pot fi acordate unuia dintre soți în vederea reparării consecințelor deosebit de grave pe care acesta le suportă datorită desfacerii căsătoriei pentru alterarea definitivă a legăturii conjugale și nu a formulat personal nicio cerere de divorț, sau atunci când divorțul este pronunțat din culpa exclusivă a celuilalt soț. Această cerere poate fi formulată doar cu ocazia acțiunii de divorț” (textul poate fi consultat la adresa: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165748/?anchor=LEGIARTI000006423824#LEGIARTI000006423824 (consultat la 18.02.2023))

⁵ Buffelan-Lanore, Y., Larribau-Terneyre, V., *Droit civil. Introduction. Biens., Personnes. Famille*, 17^e é, Ed. Sirey, Paris, 2011, p. 680.

⁶ Pentru detalii: Terré, F., Goldie-Genicon, Ch., Fenouillet, D., *Droit. Civil. La famille*, 9^e édition, Ed. Dalloz, Paris, 2018, pp. 262-264.

⁷ Vogel, G., en collaboration avec Mertz, V. et Rudolff, E., *Le Divorce en droit luxembourgeois*, 3^e édition, Ed. Larcier, Bruxelles. 2010, pp. 318-324.

reglementată de art. 1349 coroborat cu art. 1357 C. civ., care presupune existența unei fapte ilicite prin care s-a produs un prejudiciu și a vinovăției⁸.

Spre deosebire de cele acordate în temeiul 388 C. civ. în cadrul divorțului din culpa exclusivă a unuia dintre soți, despăgubirile acordate în temeiul art. 1357 C. civ. nu depind de culpa în desfacerea căsătoriei, ci doar de existența unui prejudiciu produs unuia dintre soți și nereparat, printr-o faptă ilicită săvârșită cu vinovăție de către celălalt soț. De asemenea, despăgubirile în temeiul răspunderii civile delictuale pot fi solicitate atât în cadrul procesului de divorț, cât și printr-o acțiune separată, formulată anterior sau ulterior acestuia.

În cazul despăgubirilor acordate în temeiul art. 388 C. civ., răspunderea nu se întemeiază pe culpă, ci pe desfacerea căsătoriei care poate prejudicia pe soțul nevinovat și pe culpa exclusivă a soțului pârât și nu pot fi solicitate decât în cadrul procesului de divorț. Practic, nu culpa soțului vinovat este cea care produce prejudiciul, ci însuși divorțul constituie cauza acestuia⁹.

Codul civil nu prevede însă nimic cu privire la felul prejudiciului pentru care pot fi acordate despăgubirile, dacă poate fi vorba de un prejudiciu material, moral, de imagine etc. În doctrină s-a apreciat că prejudiciul poate fi atât material cât și moral, sau chiar profesional (de exemplu, prejudiciul care ar putea interveni în cazul unui preot ortodox, care și-ar putea pierde dreptul de a profesa în urma divorțului)¹⁰.

Spre deosebire de prestația compensatorie, care reprezintă o prestație periodică pe care instanța de tutelă o stabilește pentru o perioadă mai îndelungată, despăgubirile se acordă sub forma unei sume de bani care se plătește o singură dată în beneficiul soțului inocent.

Neclarități importante sunt legate de faptul că, fiind obligatorie formularea cererii doar în cadrul procesului de divorț, daunele izvorâte din desfacerea căsătoriei nu totdeauna s-au produs deja, multe dintre ele putând fi doar anticipate, fapt care mărește dificultățile de apreciere.

În doctrină sunt chiar voci care au considerat că dispoziția finală din art. 388 C. civ. nu ar fi imperativă, ci ar exprima doar situația cea mai des întâlnită, întrucât este posibil ca prejudiciul produs prin desfacerea căsătoriei să se producă ulterior, deci să nu se prefigureze în momentul soluționării divorțului, soțul inocent fiind, în astfel de cazuri, lipsit de acest drept, soluția oferită pentru astfel de cazuri fiind posibilitatea formulării unei cereri pe cale separată, în interiorul termenului de prescripție¹¹. Considerăm însă, alături de majoritatea autorilor, că dispoziția finală

⁸A se vedea și Lupașcu D., Crăciunescu C.-M., *Dreptul familiei*, ed. a IV-a emendată și actualizată, Ed. Universul Juridic, București, 2021, pp. 356 și urm.

⁹ În acest sens: Avram, M., *Drept civil. Familia*, ed. a 3-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, 2022, p. 226. Și în practica judiciară s-a considerat că: „În cazul acestui tip de răspundere civilă delictuală, dată fiind specificitatea sa, raportat la materia în care se aplică, fapta ilicită care antrenează răspunderea soțului culpabil, prezintă o particularitate, în sensul în care prejudiciul, material sau moral, suferit de soțul nevinovat, este consecința directă a divorțului. Ca atare, legătura de cauzalitate dintre prejudiciu și fapta ilicită se analizează sub aspectul prejudiciului suferit prin însăși desfacerea căsătoriei. Cu alte cuvinte, divorțul constituie împrejurarea care determină în mod direct prejudiciul suferit de soțul inocent” (Hotărâre nr. 696/2022 din 20.10.2022 pronunțată de Tribunalul Sibiu, publicată pe <https://www.rejust.ro/juris/g8gdd555g>, consultat la 23.02.2023).

¹⁰ Lupașcu D., Crăciunescu C.-M., op. cit., p. 356; Nicolescu, C., *Dreptul familiei*, Ed. Solomon, București, 2020, pp. 151-152;

¹¹ Hageanu, C. C., *Dreptul familiei și actele de stare civilă*, Ed. Hamangiu, București, 2012, pp. 162-163. În acest sens, a se vedea și Hotărârea nr. 750/2019 din 10.10.2019 a Judecătoriei Brad, potrivit căreia: „Ca atare, cum reclamantul nu a formulat o asemenea cerere în cadrul procesului de divorț, pentru a fi soluționată de instanța care a pronunțat hotărârea de divorț, prin acea hotărâre, formularea unei asemenea cereri separate după finalizarea procesului de divorț, este inadmisibilă.”, disponibilă pe: <https://lege5.ro/> (consultat la 23.02.2023).

a art. 388 C. civ. este imperativă și formularea unei astfel de cereri ulterior pronunțării divorțului este inadmisibilă¹².

Și practica judiciară a îmbrățișat acest punct de vedere considerând că „O condiție procesuală explicită este aceea că soluționarea cererii întemeiate pe prevederile art. 388 NCC trebuie făcută de instanța de tutelă prin hotărârea de divorț, ceea ce implică necesitatea ca, în cadrul procesului de divorț, instanța să fi fost investită și cu această cerere”¹³.

4. Accepțiunea practică a „despăgubirilor” solicitate prin cererea de divorț

Reglementarea extrem de succintă a despăgubirilor acordate în temeiul art. 388 C. civ. a făcut necesară o largă paletă de interpretări oferite de practica judiciară.

Astfel, s-a apreciat că acordarea unor astfel de despăgubiri necesită, pe lângă existența prejudiciului neacoperit, să se respecte condițiile imperative ale legii, în sensul că: „art. 388 NCC instituie și o serie de condiții de drept material pentru acordarea despăgubirilor, respectiv reclamantul trebuie să fie *soțul nevinovat*, condiție îndeplinită în cauză, pârâtul trebuie să fie soțul vinovat de desfacerea căsătoriei (din a cărei culpă exclusivă se va pronunța divorțul), condiție de asemenea îndeplinită în cauză, iar prejudiciul trebuie să fie produs *prin desfacerea căsătoriei*. Referitor la această ultimă condiție, trebuie avut în vedere că aceasta nu trebuie confundată cu posibile prejudicii de orice fel pe care soții și le-au provocat în timpul căsătoriei, acestea din urmă constituind doar motive de divorț, care nu generează dreptul la despăgubiri reglementat de art. 388 NCC. Astfel, comportamente precum infidelitatea în timpul căsătoriei, loviri sau alte violențe soldate cu necesitatea unor îngrijiri medicale costisitoare etc., nu pot face obiectul unor astfel de despăgubiri, ele nefiind destinate reparării prejudiciilor produse prin desfacerea căsătoriei”¹⁴.

Fără îndoială, orice prejudiciu material produs soțului nevinovat prin desfacerea căsătoriei atrage după sine dreptul acestuia la o justă despăgubire în acest temei. În acest sens, faptul că soțul nevinovat a suferit pierderi financiare din cauza divorțului, el poate obține despăgubiri pentru acoperirea întregului prejudiciu.

De asemenea, soțul inocent are dreptul de a fi despăgubit în acest temei dacă face dovada unui prejudiciu moral datorat desfacerii căsătoriei. Considerăm însă că nu este suficient ca soțul inocent să dovedească faptul că a înfruntat sentimente negative (de durere, disperare, furie etc.) datorate desfacerii căsătoriei, acestea fiind inevitabile în astfel de situații, având în vedere că o astfel de persoană, total nevinovată, nu și-ar fi dorit o rupere a relației matrimoniale. Când însă acestea sunt dublate de suferințele produse prin afectarea imaginii sale publice, pot fi acordate despăgubiri în acest temei legal.

Într-o astfel de speță s-a constatat că: „pârâtul-reclamant a adoptat o atitudine de dispreț față de soția sa ca urmare a inițierii de către aceasta a acțiunii de divorț, urmărind prin acțiunile sale a o discredita. Această atitudine a fost evidențiată prin înregistrarea video pe care pârâtul reclamant a realizat-o cu ocazia unor reproșuri pe care soția i le aducea, urmare a faptului că aflase de relația sa extraconjugală, înregistrare pe care chiar pârâtul a depus-o la dosar și pe care, ..., pârâtul-reclamant a înțeles să o facă publică chiar pe rețeaua de socializare Facebook. Filmul video a ajuns în acest mod la cunoștința colegilor de clasă ai fiului părților și a provocat reclamantei-pârâte o **suferință suplimentară aceleia de pierdere a familiei**, în contextul în care și fiul părților a fost

¹² În acest sens, a se vedea și Florian, E., *Dreptul familiei. Căsătoria. Regimuri matrimoniale. Filiația*, ed. 7, Ed. C.H. Beck, București, 2021, p. 347.

¹³ Hotărâre nr. 696/2022 din 20.10.2022 pronunțată de Tribunalul Sibiu, publicată pe <https://www.rejust.ro/juris/g8gdd555g> (consultat la 23.02.2023).

¹⁴ Hotărârea nr. 696/2022 din 20.10.2022 pronunțată de Tribunalul Sibiu, publicată pe <https://www.rejust.ro/juris/g8gdd555g> (consultat la 23.02.2023).

pus într-o postură jenantă în anturajul său de prieteni, pârâtul-reclamant sacrificând astfel imaginea familiei unor interese meschine”, că „Acest prejudiciu moral a fost produs prin acțiunile defăimătoare la care a recurs soțul său în timpul căsătoriei și ulterior inițierii acțiunii de divorț, menționate în cele de mai sus, reclamanta-pârâtă suferind un prejudiciu moral prin desfacerea căsătoriei, demersul defăimător al pârâtului reclamant la adresa sa cauzându-i acesteia, firesc, sentimente de rușine și de a se simți obligată să dea explicații, îndepărtarea de prieteni și, deci, singurătatea, discuțiile depreciative la adresa sa în anturajul de apropiați provocându-i o afectare a gradului propriu de încredere și a propriei sale imagini. Pârâtul-reclamant a acționat cu scopul de a provoca asemenea consecințe, pe care firesc le-a prevăzut, atitudine care nu poate rămâne nesancționată, în condițiile în care, raportat la gradul de cultură și educație, specifice unei persoane cu o asemenea profesie, comportamentul său a depășit limita decenței.

În privința cuantumului despăgubirilor, instanța apreciază că valoarea acestora, astfel cum a fost solicitată, în sumă de 35.000 lei, este modică, instanța fiind limitată la acest cuantum în lumina principiului disponibilității, fiind astfel apreciată ca echitabilă, de natură a compensa suferința morală produsă reclamantei – pârâte prin desfacerea căsătoriei, având în vedere și gravitatea suferinței produse, afectarea imaginii reclamantei-pârâte prin luarea în considerare a faptului că aceasta este o persoană publică, fiind cadru didactic la o școală de prestigiu din Iași, fiind astfel expusă criticilor și aprecierilor atât din partea colectivului din care face parte, cât și a celor cărora le este dascăl”¹⁵.

Prin urmare, suferința produsă de ruperea legăturii matrimoniale dublată de consecințele divorțului concretizate în deteriorarea imaginii unei persoane publice și punerea soțului inocent în situații umilitoare în fața celor din jur dar și a copilului părților este de natură a atrage această formă de răspundere a soțului culpabil exclusiv.

Ar fi de reflectat cu privire la soluția unor instanțe care, din oficiu, au modificat temeiul juridic al solicitării despăgubirilor în cadrul procesului de divorț, din art. 388 C. civ., în art. 1349 coroborat cu art. 1357 C. civ., în lipsa unei solicitări a reclamantului în acest sens, acordând despăgubiri fără a analiza condițiile specifice răspunderii civile delictuale, respectiv: existența faptei ilicite, a prejudiciului, a legăturii de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu și a vinovăției. Acesta cu atât mai mult cu cât și din punct de vedere procedural se pun unele probleme, iar taxa judiciară de timbru este diferită (în timp ce despăgubirile solicitate în temeiul art. 388 C. civ. se taxează cu o taxă fixă de 50 lei, despăgubirile solicitate în temeiul art. 1357 C. civ. pe răspunderea civilă delictuală se taxează potrivit dreptului comun în materie, respectiv la valoarea pretențiilor, chiar dacă sunt solicitate în cadrul procesului de divorț).

În acest sens, am identificat soluția instanței prin care s-a considerat că: „Deși infidelitatea, comportamentul agresiv al soțului, umilința nu pot constitui temei pentru acordarea de despăgubiri în baza art. 388 Cod civ., ci motive de divorț și temeiuri pentru stabilirea culpei, un asemenea drept este recunoscut soțului care nu este culpabil de destrămarea căsătoriei, ca o aplicație particulară a principiului răspunderii civile delictuale consacrat de art. 1349 Cod civ. Prin urmare, chiar dacă pârâta reclamantă nu a indicat acest temei de drept, în motivarea cererii, neîndoind, în motivarea amplă a acestui capăt de cerere a făcut în mod direct trimitere la condițiile răspunderii civile delictuale pe care le-a dezvoltat, arătând că art. 388 Cod civ. constituie o aplicare particulară a răspunderii civile delictuale. Având în vedere condițiile în care survenit separarea soților, precedată de agresarea soției, alungarea din locuință, refugiarea la un centru pentru protecția victimelor violenței în familie, protejarea prin emiterea ordinului de protecție, imaginile fotografice și discuțiile despre soție, apreciază instanța că sunt îndeplinite condițiile răspunderii

¹⁵ Decizia civilă nr. 151/9 februarie 2017 a Tribunalului Iași, disponibilă pe portal.just.ro.

civile delictuale și că acestea i s-a provocat un prejudiciu care se cere a fi reparat. În ceea ce privește susținerea acesteia referitor la încrederea cu care l-a investit pe soț și a năzuinței de a-și petrece viața împreună, instanța apreciază că această susținere nu are corespondent în realitatea relației părților care au mai fost soți și au mai cunoscut anterior eșecul relației de căsătorie.

Prin urmare, față de cele expuse dar și pentru că despăgubirea nu trebuie să se transforme într-o pedeapsă pecuniară pentru celălalt soț, ci trebuie să fie expresia unui prejudiciu cuantificat la o sumă rezonabilă și printr-o evaluare obiectivă a vinovăției, va admite cererea în parte și va obliga reclamantul-pârât să plătească soției, pârâta – reclamantă, suma de 5000 lei cu titlul de despăgubire¹⁶.

Este adevărat că soțul care a suferit un prejudiciul prin fapta culpabilă a celuilalt soț, săvârșită cu vinovăție, ar putea obține despăgubiri în temeiul art. 1357 C. civ., însă, în astfel de cazuri probatoriul este diferit, iar motivarea are în vedere vinovăția stabilită în mod specific răspunderii civile delictuale, acesta nefiind culpa în desfacerea căsătoriei ca în cazul celor analizate în temeiul art. 388 C. civ., care nu are relevanță sub acest aspect. O modificare din oficiu a cererii doar în temeiul unei interpretări a instanței în acest sens nu ni se pare oportună.

5. Concluzii

Printre noutățile pe care Codul civil le-a adus în legislația familiei din România se numără o serie de efecte patrimoniale ale divorțului, prin care s-a intenționat limitarea, pe cât posibil, a traumelor suferite de soțul nevinovat pentru desfacerea căsătoriei.

Despăgubirile pe care soțul nevinovat le poate obține pentru prejudiciul produs prin divorț fac parte dintre acestea. Reglementarea privind acordarea acestor despăgubiri a cunoscut în practica judiciară interpretări diverse, fapt care, cel puțin în primii ani de aplicare a noului Cod civil au condus la o jurisprudență neunitară, mai ales în ceea ce privește prejudiciul care poate fi considerat ca fiind produs prin desfacerea căsătoriei. Dificultăți se pot ivi și cu privire la aprecierea cuantumului despăgubirilor pentru prejudiciul moral.

Având în vedere tendința care se manifestă în multe sisteme de drept de a se renunța la culpa în divorț și la efectele acesteia, apreciem că și în dreptul românesc ar trebui găsite modalități de stimulare a desfacerii căsătoriei prin acordul soților și de evitare a conflictelor pe care stările emoționale produse de ruperea echilibrului matrimonial le provoacă. Până la astfel de modificări legislative, considerăm că obligarea soțului culpabil în desfacerea căsătoriei la despăgubiri ar trebui să se dispună cu multă atenție, pentru a nu reprezenta o sancțiune aplicată acestuia, ci doar o justă reparație pentru prejudiciul cauzat prin divorț soțului inocent.

¹⁶ Hotărârea nr. 778/2019 din 20.02.2019 a Secției civile a Judecătoriei Buzău (disponibilă pe <https://lege5.ro/>, consultată la 23.02.2023).

Câteva considerații privind dreptul copiilor minori la întreținere din partea părinților

[Some Considerations Regarding the Right of Minor Children to Maintenance From Their Parents]

CS III, dr.Mihaela-Gabriela BERINDEI*

Résumé: Le droit des enfants mineurs à une pension alimentaire assurée par leurs parents est réglé depuis longtemps. La famille était construite sur la base de la solidarité et des liens du sang entre ses membres. Dans le droit roumain actuel, la législation relative à l'exécution de l'obligation alimentaire en nature ou en argent a connu et continue de connaître de multiples modifications, compte tenu du caractère permanent et actuel de la garantie des moyens nécessaires à la survie de la personne qui se trouve en état de besoin. Particulièrement, dans cet article, nous avons fait référence aux enfants mineurs qui ont besoin du soutien de leurs parents. Ce qui se passe lorsque les parents sont séparés ou ne vivent plus avec leurs enfants, sont des situations que nous argumenterons dans le contenu de l'article, sur la base des solutions prononcées par le tribunal, qui produisent des effets dans la jurisprudence nationale.

Mots-clés: enfants mineurs; parents; obligation alimentaire, état de besoin; jurisprudence nationale

1. Introducere

Fundamentul obligației legale de întreținere

În dreptul roman se considera că fundamentul obligației de întreținere îl constituie solidaritatea care îi unește pe membrii familiei și *legătura de sânge* dintre aceștia. Obiectul întreținerii consta în asigurarea de hrană, locuință, îmbrăcăminte și încălțăminte pentru cei care, după lege, erau în sarcina lor. În raporturile personale dintre soți, aceștia erau obligați să-și poarte respect reciproc, femeia să ia rangul social al bărbatului, iar bărbatul trebuia să-i dea femeii întreținerea corespunzătoare, s-o apere în orice împrejurare și să acționeze pentru ea în fața organelor de judecată. De asemenea, soții își datorau fidelitate unul celuilalt; cu toate acestea, numai adulterul soției era pedepsit¹. În dreptul roman primitiv, soțul care își repudia soția, în alte cazuri decât cele prevăzute de lege, era obligat să-i lase jumătate din averea sa. Copiii născuți din incest nu aveau dreptul la întreținere².

În vechiul drept francez, obligația alimentară era considerată un **principiu fundamental** pe baza căruia se desfășurau relațiile de familie. Această obligație era calificată ca o adevărată **obligație civilă**³. În *common law*, obligația alimentară este cunoscută din cele mai vechi timpuri ca o simplă **obligație morală**, care s-a transformat, cu timpul, într-o adevărată obligație civilă⁴.

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; mihaela.berindei@yahoo.com

¹ V. Hanga, *Drept privat roman. Tratat*, Ed. didactică și pedagogică, București, 1977, pp. 197-198.

² I. Dogaru, *Întreținerea. Drept și obligație legală*, Ed. Scrisul Românesc, Craiova, 1978, pp. 18-19.

³ V. Zlătescu, *L'obligation alimentaire à l'égard de l'enfant*, raport general la Congresul de drept comparat din anul 1968, p. 2.

⁴ V. Zlătescu, citează în *op. cit.*, *Raportul englez asupra obligației alimentare*, prezentat la Congresul de drept comparativ, 1968, p. 2.

Obligația legală de întreținere a fost consacrată și în vechiul drept românesc. *Codul lui Calimach* prevedea datoria părinților de a se îngriji de creșterea și educarea copiilor. Cheltuielile de întreținere erau suportate de tatăl copiilor, iar dacă acesta nu dispunea de mijloacele necesare, ele treceau în sarcina mamei, cu excepția cazului în care ea însăși se afla în *stare de nevoie*. În această situație, deveneau obligați ascendenții după tată și, în lipsa lor, ascendenții după mamă. Dacă părinții se despărteau și nu se înțelegeau în privința întreținerii copiilor, întreaga grijă cu privire la aceștia revenea mamei.

Codul civil român de la 1864 a reglementat raportul juridic de întreținere după modelul *Codului civil francez de la 1802*. De asemenea, *Constituția României* – mai întâi cea de la 1948, apoi cea din 1952 și, mai târziu, aceea din 1965 – a formulat **principiile fundamentale** care cârmuiesc **relațiile de familie**, recunoscându-i-se familiei un rol de mare importanță. Legiuitorul român a elaborat, ulterior, norme noi pe care le-a reunit într-un *Cod al familiei*, publicat în Legea nr. 4 din anul 1953, care a reglementat, prin art. 86 și urm., **obligația legală de întreținere**. Potrivit vechiului Cod al familiei, relațiile de familie se bazează pe prietenie și afecțiune reciprocă între membrii ei, care sunt datori să-și acorde unul altuia sprijin moral și material. Acesta a rămas, de altfel, și textul rostit de ofițerul stării civile în momentul încheierii căsătoriei pentru viitorii soți și reprezintă esența afectiv-morală a relațiilor de familie, alcătuind totalitatea îndatoririlor posibile de solidaritate morală și materială dintre membrii familiei.

Obligația legală de întreținere se fundamentează pe sentimentele de solidaritate și întraajutorare, pe prietenia și afecțiunea care caracterizează relațiile de familie și regulile de conviețuire socială, care impun ca persoanele între care există asemenea relații să nu rămână indifferente în situația în care unele dintre ele s-ar afla în nevoie, din cauza incapacității de a munci⁵. **Ideea solidarității familiale** și a legăturii de sânge, ca fundament al obligației de întreținere, a fost preluată din dreptul roman⁶, susținându-se, pe bună dreptate, că membrilor familiei care nu sunt obligați la întreținere le revine, totuși, o obligație naturală, **morală**, aceea de a se ajuta între ei⁷, obligație care se poate transforma într-o adevărată obligație civilă⁸.

Astfel, de-a lungul timpului, s-a conturat ca fundament al obligației de întreținere ideea solidarității de familie prin efectul rudeniei, ori al căsătoriei, dar și al existenței unor relații care, în interesul minorilor, sunt asimilate, sub aspectul acestei obligații, cu relațiile de familie⁹. Este un astfel de exemplu cel al persoanei care a luat un copil pentru a-l crește, fără a întocmi formele cerute spre adopție, dar are obligația să-l întrețină pe perioada minorității, dacă părinții firești au murit, sunt dispăruți ori se află în stare de nevoie.

Există, de asemenea, cazul în care, soțul care a contribuit la întreținerea copilului celuilalt soț este obligat să continue a da întreținere copilului, cât timp acesta este minor, dacă părinții săi firești au murit, sunt dispăruți ori sunt în nevoie, astfel cum prevede art. 517 C. civ. Copilul întreținut timp de 10 ani de soțul părintelui său poate fi obligat la rândul lui să-i acorde întreținere acestuia, în caz că se află în stare de nevoie.

⁵ D. Lupașcu, C.M. Crăciunescu, *Dreptul familiei*, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 424.

⁶ C. Hamangiu, I. Rosetti-Bălănescu, Al. Băicoianu, *Tratat de drept civil român*, vol. I, Ed. All, 1995, p. 438; M. Cantacuzino, *Elementele dreptului civil*, Ed. All, 1998, p. 211; M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome I, Paris, 1899, p. 232.

⁷ C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, Tome IV, Paris, 1871, édition revue par G. Rau, Ch. Falcimague et M. Gault, p. 8.

⁸ I. Dogaru, *Obligația legală de întreținere. Drept comparat*, teză de doctorat, 1970, p. 30.

⁹ Recent, Curtea Europeană a Drepturilor omului a extins noțiunea de „viață de familie” și la relațiile care există în fapt, fiind definită de persoanele care trăiesc și gospodăresc împreună, fără a fi căsătorite.

2. Starea de nevoie

Noțiunea de „stare de nevoie” a fost considerată ca o chestiune de fapt pe care judecătorii o apreciază, de la caz la caz, în mod suveran¹⁰.

Potrivit art. 524 C. civ., are drept la întreținere numai cel care se află *în nevoie* (subl.ns.), neputându-se întreține din munca sau din bunurile sale, iar art. 527 C. civ. prevede faptul că poate fi obligat la întreținere numai cel care are mijloacele de a o plăti sau are posibilitatea de a dobândi aceste mijloace. La stabilirea mijloacelor pe care le are debitorul se ține cont atât de veniturile și bunurile acestuia, precum și de posibilitățile de realizare a acestora. De asemenea, se iau în calcul și celelalte obligații ale persoanei care datorează întreținerea, ținând cont, totodată, de faptul că trebuie să nu mai fie o altă persoană obligată înaintea sa, potrivit ordinii stabilite de lege.

În privința *copiilor minori*, starea de nevoie are un conținut diferit, care include și cheltuielile necesare pentru pregătirea lor profesională, pentru creșterea și educarea acestora în condiții optime de viață, așa cum este prevăzut în Codul civil, la art. 499 alin. (1), care prevede că: *„Tatăl și mama sunt obligați, în solidar, să dea întreținere copilului lor minor, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională”*. De asemenea, starea de nevoie a minorului se stabilește în raport de cei cărora acesta le solicită întreținerea. Dacă minorul cere întreținere de la alte persoane decât părinții săi, starea de nevoie se interpretează potrivit dreptului comun, acesta fiind în nevoie *dacă nu se poate întreține din munca sau bunurile sale*.

Dacă minorul cere întreținere de la părinții săi, starea de nevoie se interpretează în sens larg, minorul fiind în nevoie dacă nu se poate întreține din munca sa, chiar dacă are bunuri ce ar putea fi valorificate pentru a se întreține. Nu vor putea fi însă obligați la întreținere părinții care nu realizează venituri, nu au alte mijloace materiale sau care se află în situații speciale, cum ar fi, spre exemplu, continuarea studiilor. În acest caz, buncii pot fi obligați la întreținere când părinții, din motive independente de voința lor, nu au mijloace materiale suficiente pentru întreținerea copilului lor minor.

Când copiii minori au venituri proprii, la aprecierea stării lor de nevoie se ține seama și de aceste venituri, dar nu și de bunurile lor. Actualul Cod civil, preluând această reglementare din vechiul Cod al familiei, respectiv art. 107 alin. (2), face distincția neechivocă dintre veniturile și bunurile pe care le-ar putea avea minorul. Susținem această afirmație bazându-ne, pe de o parte, pe dispozițiile cuprinse în art. 499 la alin. (2), conform căruia: *„Dacă minorul are un venit propriu care nu este îndeșulător, părinții au obligația de a-i asigura condițiile necesare pentru creșterea, educarea și pregătirea lor profesională”*. Așadar, dacă minorul are un venit propriu, dar nu este suficient pentru dezvoltarea lui profesională, pentru educarea și creșterea sa în bune condiții, atunci părinții sunt obligați să îi acorde acestuia întreținere.

Iar, pe de altă parte, art. 525 alin. (1) C. civ. precizează că *„Minorul care cere întreținere de la părinții săi se află în nevoie dacă nu se poate întreține din munca sa, chiar dacă ar avea bunuri”*. Minorul nu numai că se găsește în nevoie dacă nu are venituri din care să își acopere întreținerea, dar se află în starea de nevoie chiar și în situația în care ar avea bunuri ce ar putea fi vândute, pentru a face față cheltuielilor legate de întreținerea lui, precum și în situația în care realizează venituri din munca sa, dar nu sunt îndeșulătoare. Dacă minorul ar avea bunuri care ar putea fi vândute, părinții nu ar putea să-și îndeplinească propria lor obligație de întreținere cu mijloace provenite din veniturile sau bunurile minorului, deoarece ar contraveni *principiului independenței patrimoniale* în raporturile dintre părinți și copii, ocrotite de art. 500 din Codul civil, care prevede că *„Părintele nu are nici un drept asupra bunurilor copilului și nici copilul asupra bunurilor părintelui, în afară de dreptul la moștenire și la întreținere”*. Această

¹⁰ Aubry et Rau, *op. cit.*, Tomme IX, p. 165.

reglementare este preluată din vechiul Cod al familiei. Așadar, singurul drept pe care părintele îl are asupra bunurilor copilului este cel de administrare a acestora, iar vânzarea lor nu se poate face în vederea asigurării întreținerii minorului, ci numai în vederea administrării bunurilor acestuia.

Există, totuși, în acest caz, o **excepție** prevăzută de noul Cod civil, și anume aceea din art. 525 alin. (2), care prevede: „*Cu toate acestea, în cazul în care părinții nu ar putea presta întreținerea fără a-și primejdui propria lor existență, instanța de tutelă poate încuviința ca întreținerea să se asigure prin valorificarea bunurilor pe care acesta (minorul) le are, cu excepția celor de strictă necesitate*”. În astfel de cazuri, instanța de tutelă va dispune asigurarea întreținerii prin valorificarea bunurilor minorului, cu excepția celor de strictă necesitate, pe care instanța le va aprecia, de la caz la caz.

Considerăm că valorificarea bunurilor nu se rezumă la înstrăinarea acestora, ci trebuie avute în vedere, în primul rând, alte modalități, care să nu conducă la depozitarea minorului de avere sa, cum ar fi, de exemplu: închirierea clădirilor, arendarea terenurilor, obținerea unor dobânzi sau beneficii din investire, în cazul sumelor de bani¹¹. Ne aliniem opiniei formulate de unii autori¹² care apreciază că valorificarea bunurilor minorului ar trebui să se interpreteze, cu prioritate, în sensul utilizării bunurilor pentru a produce unele venituri, vânzarea acestora constituind doar o ultimă soluție.

Tot astfel, în literatura juridică de specialitate¹³, se susține opinia potrivit căreia, anterior intrării în vigoare a actualului Cod civil, numai dacă părintele nu ar avea posibilitatea să suporte întreținerea minorului, se poate pune problema să se vândă bunurile copilului minor. Dacă, dimpotrivă, minorul se poate întreține din munca sa, distingem o **particularitate**, și anume situația în care minorul încadrat în muncă, având o retribuție din care se poate întreține singur, **nu se află în nevoie**, caz în care nu are drept la întreținere în raporturile cu părinții săi¹⁴.

Când părintele este obligat să presteze întreținere mai multor copii, instanța judecătorească va trebui să stabilească, în concret, pensia de întreținere pentru fiecare copil în parte. Întreținerea datorată copiilor, împreună cu întreținerea datorată altor persoane, potrivit legii, nu poate depăși jumătate din venitul net lunar al celui obligat, prevede art. 529 alin. (3) din Codul civil.

Credem, alături de alți autori¹⁵, că limita maximă stabilită prin această reglementare are în vedere exclusiv **venitul lunar net** al debitorului, care se stabilește numai în raport de veniturile permanente, nu și de cele ocazionale, cum ar fi, spre exemplu, plata orelor suplimentare, indemnizațiile de deplasare, de transfer sau de concediere. Practica judiciară a stabilit, totodată, că salariile compensatorii nu au caracter permanent și nu pot constitui bază de calcul pentru pensia de întreținere¹⁶. De asemenea, prin Decizia nr. 21/2015 a Înaltei Curți de Casație și Justiție, completul competent să judece recursul în interesul legii privind norma de hrană pentru personalul din sectorul de apărare, ordine publică și securitate, a decis, că: „În interpretarea și aplicarea dispozițiilor art. 527 alin. (2) și art. 529 alin. (1) și (2) din Codul civil, echivalentul valoric al normei de hrană prevăzute de art. 2 alin. (4) și art. 4 alin. (4) din O.G. nr. 26/1994 privind drepturile de hrană, în timp de pace, ale personalului din sectorul de apărare națională, ordine publică și

¹¹ D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 444.

¹² D. Lupașcu, C.-M. Crăciunescu, *op. cit.*, p. 443.

¹³ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *Tratat de dreptul familiei*, ed. a VIII-a revăzută și completată, Ed. Universul Juridic, București, 2006, p. 551.

¹⁴ Fostul Trib. Reg. Arad, decizia civilă nr. 787 din 12 mai 1955, cu notă aprobativă de E. Moșoiu, în L.P. nr. 5/1955, p. 548; Fostul Tribunal al capitalei, decizia civilă nr. 1860 din 4 august 1955, cu notă aprobativă de St. Bălescu, în L. p. nr. 7/1955, p. 812.

¹⁵ I.P. Filipescu, A.I. Filipescu, *op. cit.*, ed. a VI-a, p. 481.

¹⁶ Cas., secția civilă și de proprietate intelectuală, decizia nr. 3317/2005, în *Jurisprudența secției civile pe anul 2005*, Ed. Hamangiu, București, 2006, pp. 420-422.

siguranță națională, republicată, cu modificările și completările ulterioare, nu se include în totalul veniturilor nete lunare în raport de care se stabilește pensia de întreținere datorată de către părinte copilului”.

3. Caracterul solidar al obligației legale de întreținere

Codul civil stabilește, în mod expres, cazurile în care obligația de întreținere este solidară, prin *excepție* de la *regula* conform căreia *solidaritatea nu se prezumă între debitori*. Ea nu există decât atunci când este stipulată expres de părți sau când este prevăzută de lege. Totodată, renunțarea la solidaritate trebuie să fie expresă. De regulă, obligația legală de întreținere nu este solidară¹⁷, legiuitorul precizând expres cazurile în care această obligație este solidară. Astfel, de la *regula divizibilității întreținerii*, există următoarele excepții de solidaritate:

1) tatăl și mama, sunt obligați, potrivit art. 499, să dea copilului lor minor întreținere *in solidum*, asigurându-i cele necesare traiului, precum și educația, învățătura și pregătirea sa profesională. Dacă minorul are un venit propriu care nu este îndestulător, ambii părinți au obligația de a-i asigura condițiile necesare pentru creșterea, educarea și pregătirea sa profesională. De asemenea, părinții sunt obligați, *în solidar*, să îl întrețină pe copilul devenit major, dacă se află în continuarea studiilor, până la terminarea acestora, dar fără a depăși vârsta de 26 de ani; menționăm că și exercitarea autorității părintești se face de către ambii părinți, în mod egal și solidar;

2) moștenitorii unei persoane care a fost obligată la întreținerea unui minor sau care i-a dat întreținerea fără a avea obligația legală sunt ținuți, în măsura valorii bunurilor moștenite, să continue întreținerea, dacă părinții minorului au murit, sunt dispăruți ori sunt în nevoie, însă numai cât timp cel întreținut este minor, prevede art. 518 alin. (1) C. civ. De asemenea, la alineatul (2) al aceluiași articol este prevăzut că, în cazul obligației de întreținere aparținând mai multor moștenitori, **obligația este solidară**, fiecare dintre ei contribuind la întreținerea minorului proporțional cu valoarea bunurilor moștenite. Dacă au rămas mai mulți moștenitori, fiecare dintre ei va putea fi acționat pentru plata integrală a întreținerii. Moștenitorul astfel obligat se va putea întoarce împotriva celorlalți moștenitori pentru a obține de la ei partea ce o datorau în raport de valoarea bunurilor moștenite. Deși, în principiu, obligația de întreținere este *reciprocă* între mai multe categorii de persoane, obligația la care sunt ținuți moștenitorii are *caracter unilateral*.

Pe de altă parte, și părintele care are drept la întreținere de la mai mulți copii, poate, în caz de urgență, să poarnească acțiunea numai împotriva unuia dintre ei, iar cel care a plătit întreținerea se poate întoarce împotriva celorlalți obligați pentru partea fiecăruia, astfel cum prevede Codul civil, la art. 521 alin. (2). În acest caz, excepția inițierii acțiunii doar împotriva unuia dintre copii, este justificată de urgența prestării întreținerii, urgență reclamată de nevoia acută, în principal de hrană, a părintelui. Copilul care asigură subzistența părintelui său poate să se întoarcă împotriva celorlalți frați ai săi, dar numai pentru partea fiecăruia¹⁸. De asemenea, părintele care se află în stare de nevoie poate să acționeze pe copilul lui minor, chiar dacă ceilalți copii ai săi sunt majori, dacă minorul are venituri sau bunuri pe care să poată să le valorifice, din care să-i asigure părintelui lui existența¹⁹.

Totodată, Codul civil prevede, la art. 521 alin. (1), faptul că, dacă mai multe dintre persoanele între care există obligația de întreținere sunt obligate să întrețină aceeași persoană, ele vor contribui la plata întreținerii, **proporțional cu mijloacele pe care le au** (subl.ns.). În cazul în care mai multe persoane sunt obligate la întreținere în același grad se ridică problema **solidarității și divizibilității**

¹⁷ I. Dogaru, *op. cit.*, p. 239.

¹⁸ În acest sens, a se vedea G. Vasu, notă la Trib. Jud. Cluj, dec. civ. nr. 1051/1972, în „Revista română de drept” nr. 4/1973, pp. 152 și urm.

¹⁹ I. Dogaru, *op. cit.*, p. 240.

acestei obligații. Atât solidaritatea, cât și divizibilitatea se analizează ținând cont de faptul că fiecare dintre debitorii obligației legale de întreținere este ținut de o obligație proprie, impusă de lege și motivată de circumstanțele în care se acordă.

4. Scindarea ocrotirii părintești, ca urmare a divorțului, atât în vechea reglementare, cât și în Codul civil în vigoare, nu influențează cu nimic în ceea ce privește **obligația de întreținere**, care continuă să fie în sarcina ambilor părinți²⁰. Separarea părinților presupune doar o limitare a mijloacelor prin care cel care nu locuiește cu copilul său poate să-și îndeplinească îndatoririle de părinte. Dreptul de îndrumare al părinților, care este corelativ îndatoririi de a crește copilul, va fi exercitat în egală măsură de părintele care locuiește împreună cu copilul, cu celălalt părinte. Prevederile din Codul civil potrivit cărora măsurile privitoare la persoana și bunurile copilului se iau de către părinți de comun acord, își găsesc aplicare și în acest caz.

Referitor la modalitățile de executare a obligației de întreținere, este de reflectat dacă, va fi influențată **forma** în care se va presta obligația de întreținere, de către fiecare dintre părinți, prin raportare la dispozițiile art. 530 Cod civil care prevede, la alin. (1) că: „Obligația de întreținere se execută în natură, prin asigurarea celor necesare traiului și, după caz, a cheltuielilor pentru educare, învățatură și pregătire profesională”. Ne întrebăm dacă, în acest caz, unul dintre părinți va continua să-și execute obligația de întreținere în natură, respectiv cel care locuiește împreună cu copilul, iar celuilalt, i-ar putea reveni obligația de plată a întreținerii prin mijloace bănești, astfel cum prevede alin. (2) al aceluiași art. 530 C. civ.: „Dacă obligația de întreținere nu se execută de bunăvoie, în natură, instanța de tutelă dispune executarea ei prin plata unei pensii de întreținere, stabilită în bani”.

Iată că se distinge, astfel, atât varianta executării obligației de întreținere în natură, pentru ambii părinți, iar pentru cel care nu o execută de bună voie, se poate stabili plata unei pensii de întreținere, în bani. Desigur că, potrivit alin. (3) al aceluiași art. 530 C. civ., pensia de întreținere se poate stabili sub forma unei sume fixe sau într-o cotă procentuală din venitul net lunar al celui care datorează întreținere, dispozițiile art. 529 alin. (2) și (3) rămânând aplicabile.

În ceea ce privește contribuția la întreținerea copilului, în Codul civil francez, la art. 373-2-3 este prevăzut faptul că pensia de întreținere poate fi înlocuită, integral sau parțial, cu plata unei sume de bani către un organism acreditat, care îi va acorda, în schimb, copilului o rentă indexată. De asemenea, instanța poate decide ca pensia de întreținere să fie plătită direct copilului major.

5. Decăderea din exercițiul drepturilor părintești nu scutește părintele de obligația sa de a da întreținere copilului, prevede art. 510 C. civ. Decăderea poate fi totală, când ea se întinde asupra tuturor copiilor, sau parțială, când se pronunță numai cu privire la anumite drepturi sau dacă se referă doar la anumiți copii. Spre deosebire de vechiul Cod al familiei, care cunoștea doar instituția decăderii totale din drepturile părintești, Legea nr. 272/2004 a prevăzut și varianta decăderii parțiale, prin art. 36 și 38. De asemenea, actualul Cod civil a nuanțat soluțiile posibile, prevăzând decăderea parțială, atât sub aspectul conținutului, cât și sub aspectul subiectelor la care se raportează drepturile. Salutăm reglementarea decăderii parțiale din Codul civil, deoarece permite instanței, pe de o parte, să sancționeze părintele decăzut din drepturi, iar, pe de altă parte, să pună la adăpost copilul de sursa unor comportamente grave și vătămătoare pentru el, care, prin efectul lor, pun în pericol viața, sănătatea sau dezvoltarea fizică, psihică a acestuia.

²⁰ Ca efecte ale divorțului cu privire la raporturile dintre părinți și copiii lor minori, art. 402 din Codul civil reglementează stabilirea contribuției părinților la cheltuielile de creștere, educare, învățatură și pregătire profesională a copiilor, dispozițiile privind obligația de întreținere, condițiile și executarea acesteia aplicându-se în mod corespunzător Titlului V al Codului civil.

Decăderea se pronunță de către instanța de tutelă la cererea autorităților administrației publice cu atribuții în domeniul protecției copilului, atunci când părintele pune în pericol viața, sănătatea sau dezvoltarea copilului (prin rele tratamente aplicate acestuia, prin consumul de alcool sau droguri, prin neglijență gravă în îndeplinirea obligațiilor sau prin purtare abuzivă). Această sancțiune nu scutește pe părinte de obligația de a da întreținere copilului și nu împiedică legăturile personale cu acesta dacă sunt în *interesul superior al copilului*.

Decăderea operează numai în ceea ce privește drepturile, iar nu și obligațiile părintești. Soluția, menținută din vechiul Cod civil, este justificată prin aceea că decăderea din exercițiul drepturilor părintești este una dintre cele mai severe sancțiuni de drept civil, iar aplicarea ei nu trebuie să conducă la degrevarea părintelui decăzut de responsabilități. Pe lângă faptul că reprezintă cea mai severă sancțiune de drept civil ce se poate aplica părintelui, decăderea are și ***funcția de protejare a minorului***. Aceasta se explică prin pierderea de către părinte a drepturilor asupra copilului prin intermediul cărora acesta ar putea fi supus unor comportamente care să îi pună în pericol dezvoltarea fizică, psihică, sănătatea ori chiar viața.

În jurisprudență²¹ s-a arătat că decăderea din drepturile părintești are ca efect stingerea drepturilor părintelui, dar nu și a drepturilor copilului față de părintele său; în consecință, această sancțiune nu produce stingerea obligațiilor părintelui, corelative acelor drepturi. Tot astfel, nici părintele pus sub interdicție judecătorească nu este scutit de îndatorirea de a acorda întreținere copilului minor. Totuși, decăderea din drepturile părintești nu este ireversibilă, instanța de tutelă poate reda exercițiul drepturilor părintești dacă au încetat împrejurările care au condus la luarea acestei măsuri și dacă părintele nu mai pune în pericol viața, sănătatea și dezvoltarea copilului, prevede art. 512 alin. (1) C. civ.

6. Sancțiunea neîndeplinirii obligației legale de întreținere

În sprijinul celor de mai sus, se mai adaugă și faptul că legiuitorul a prevăzut norme privind sancționarea neîndeplinirii îndatoririlor elementare de solidaritate familială. Astfel, prin reglementarea obligației de întreținere între membrii familiei ca fiind o îndatorire legală, prin sancționarea neîndeplinirii îndatoririlor de părinte cu decăderea din exercițiul drepturilor părintești, prin instituirea la nevoie a plasamentului familial sau încredințarea copilului minor spre creștere și educare unei alte familii sau persoane, în anumite condiții, dar și prin sancționarea, conform Codului penal, a infracțiunilor privind abandonul de familie, relele tratamente aplicate minorului și nerespectării măsurilor privind încredințarea minorului, observăm cum, legiuitorul român influențează în mod pozitiv, deși în mod indirect și doar preventiv, solidaritatea familială.

7. Compensația obligațiilor de întreținere

Atunci când părinții locuiesc separat, indiferent de motiv, că este cazul divorțului, ori al despărțirii în fapt, ori al plecării unuia dintre ei la lucru în străinătate, iar copiilor li se stabilește domiciliul diferit, există posibilitatea compensării pe cale judiciară a obligațiilor de întreținere datorate de părinți copiilor.

Vom vorbi, în cele ce urmează, despre practica instanțelor de judecată în raport cu opinia procurorului general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, soluția care a fost pronunțată de judecători și concluziile la care am ajuns, prin analiza Deciziei Înaltei Curți de Casație și Justiție nr. 6 din data de 11 februarie 2019.

Din cuprinsul Recursului în interesul legii declarat de procurorul general al Parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție rezultă faptul că instanțele de judecată nu au un punct de

²¹ Curtea Supremă de Justiție, secția civilă, *decizia civilă nr. 3876/1996*.

vedere unitar cu privire la **posibilitatea compensării judiciare** a obligațiilor de întreținere stabilite în sarcina fiecăruia dintre părinți, atunci când copiii au fost separați, iar fiecare părinte prestează întreținere copilului care nu locuiește împreună cu acesta. Am observat, cu această ocazie, din jurisprudența rezultată din practica instanțelor de judecată, faptul că există două opinii demne de reținut:

Într-o **opinie majoritară**, se consideră că **este posibilă compensația judiciară** a obligațiilor de întreținere stabilite în sarcina fiecăruia dintre părinți, în acest sens, arătându-se că, potrivit art. 531 alin. (1) din Codul civil, instanța de tutelă va putea mări sau micșora obligația de întreținere sau poate decide încetarea ei, după cum se schimbă mijloacele celui care prestează întreținerea sau nevoia celui care o primește.

Obligația de întreținere a părinților față de copiii lor având un **caracter strict personal**, este inseparabil legată, atât de persoana copilului, în calitate de creditor al acestei obligații, cât și față de cea a părintelui, în calitate de debitor al obligației de întreținere. În acest caz, părintele debitor al obligației de întreținere nu poate opune copilului său compensarea unei creanțe pe care o are împotriva celuilalt părinte, căruia copilul i-a fost încredințat, căci titularul întreținerii este copilul. De asemenea, creditorul unui minor aflat sub tutelă nu poate opune compensația tutorelui, deoarece creanțele nu sunt reciproce între aceleași persoane.

Astfel, deși **creanța de întreținere este exceptată de la regula compensației legale**, compensația judiciară este posibilă atunci când unul dintre copii sau mai mulți locuiesc la un părinte, iar alt copil sau alți copii locuiesc la celălalt părinte. Este necesar să fie îndeplinită condiția art. 529 Cod civil potrivit căreia fiecare părinte are obligația să contribuie, atât proporțional cu mijloacele sale, cât și, mai ales, cu nevoile concrete ale copilului minor, la întreținerea acestuia, respectându-se principiul egalității de drepturi și de obligații.

Totodată, s-a subliniat ideea că instanța este datoră să realizeze un echilibru, astfel încât să nu existe situații defavorabile, în care unul dintre copii să beneficieze de condiții mai bune de trai, aflându-se în grija unui părinte cu venituri mai mari, sau, dimpotrivă, contribuția unuia dintre părinți să fie mai împovărată decât a celuilalt, din cauza unor venituri mai mici ale sale ori a unor nevoi mai mari ale copilului care locuiește împreună cu acesta.

Pentru a avea o privire mai clară asupra acestei probleme, ar trebui să analizăm, de fapt, ce reprezintă compensația. **Compensația** este reglementată de art. 1616-1623 Cod civil și este definită prin art. 1616 ca fiind un **mijloc de stingere a datoriilor reciproce și de aceeași natură**, existente între două persoane, astfel încât fiecare este, concomitent, creditor și debitor al celeilalte persoane. Așadar, compensația are ca **efect** stingerea reciprocă a celor două obligații până la concurența valorii celei mai mici dintre ele. Dacă obligațiile sunt de valoare egală, ele se sting în întregime. Prin compensație se pot stinge orice fel de obligații, indiferent că au izvor contractual sau extracontractual, cu condiția să aibă ca **obiect prestația de a da sume de bani sau alte bunuri fungibile de aceeași natură**.

În funcție de natura creanțelor reciproce, compensația poate fi de două feluri: **legală** și **convențională**. Compensația legală este acea compensație care operează de plin drept, în temeiul legii, fără a fi nevoie de acordul de voință al părților sau de o hotărâre judecătorească. Prin urmare, aceasta operează automat. Totuși, ea nu poate opera împotriva voinței părților. Pe de altă parte, oricare dintre părți poate renunța la compensație, în mod expres sau tacit, astfel cum prevede art. 1617 alin. (3) Cod civil. În acest mod, un debitor care plătește datoria fără a opune compensația se consideră că a renunțat la aceasta.

Compensația convențională este acea compensație care operează prin acordul de voință al părților. Se recurge la acest tip de compensație atunci când nu sunt întrunite condițiile compensației legale și părțile au interes, totuși, să stingă anumite obligații reciproce pe această

cale. Art. 1617 alin. (1) Cod civil prevede că datoriile trebuie să fie certe, lichide și exigibile, oricare ar fi izvorul lor. Ipotezele în care, datorită naturii creanței sau a situației în care se află părțile, respectiv a atitudinii acestora, **compensația nu este posibilă**, sunt expres reglementate de art. 1618 din Codul civil, ori pot rezulta din alte dispoziții legale.

Astfel, Codul civil prevede, în mod expres, **cazurile în care compensația nu operează**. Acestea sunt: atunci când creanța rezultă dintr-un act făcut cu intenția de a păgubi; când datoria are ca obiect restituirea bunului dat în depozit sau cu titlu de comodat sau când una din creanțe are ca obiect **un bun insesizabil**. Important este de reținut faptul că nu poate face obiectul compensației creanța privind pensia de întreținere cu o altă creanță a întreținutului față de întreținător.

Soluția jurisprudențială majoritară nu a fost dezbătută și nici motivată, fiind considerată firească de către instanță, considerându-se că ambii părinți sunt obligați să presteze întreținere către toți copiii pe care îi au, compensarea fiind doar o modalitate concretă și eficientă de executare a obligațiilor.

Într-o **altă opinie, minoritară**, s-a considerat că ipoteza compensației judiciare a obligațiilor de întreținere nu este posibilă, deoarece ambii părinți datorează întreținere copiilor lor, potrivit art. 516 din Codul civil. Totodată, s-a motivat și în sensul că, potrivit art. 1618 lit. c), compensația nu poate interveni atunci când are ca obiect **un bun insesizabil**, precum sunt creanțele privind dreptul la întreținere, interdicția fiind de natură a ocroti **interesul superior al copiilor minori**, în calitatea lor de **creditori ai întreținerii**. Aceste dispoziții fiind imperative, s-a considerat că este lipsită de relevanță împrejurarea că ambele creanțe sunt certe, lichide și eligibile, precum și faptul că au ca obiect o sumă de bani sau o anumită cantitate de bunuri fungibile de aceeași natură.

În plus, s-a arătat că, potrivit art. 515 C. civ., nimeni nu poate renunța pentru viitor la dreptul său la întreținere. Prin urmare, părinții minorilor, în calitate de reprezentanți legali ai acestora, nu pot renunța la dreptul de a primi plata pensiei de întreținere pentru copiii lor minori, această interdicție fiind aplicabilă chiar și în cazul în care fiecare copil ar locui la celălalt părinte. Dacă unul dintre părinți nu ar datora pensie de întreținere pentru minorul care se află în grija celuilalt părinte, atunci s-ar ajunge în situația în care un copil ar avea condiții de trai mai bune decât celălalt, deoarece se află în grija unui părinte care are venituri mai mari.

Opinia procurorului general al parchetului de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, însă, este aceea potrivit căreia prima orientare jurisprudențială este în acord cu litera și spiritul legii, compensația fiind posibilă în materia obligației de întreținere datorate de părinte copilului său, întrucât **creanța de întreținere nu este insesizabilă**, în sensul că nu poate fi nicicând urmărită, ci, dimpotrivă, aceasta poate fi supusă urmăririi silite mobiliare, potrivit art. 729 alin. (1) lit. a) și b) C. pr. civ., până la o cotă de 1/2 pentru sumele datorate cu titlu de obligație de întreținere.

De asemenea, a mai arătat procurorul general al parchetului ÎCCJ, compensarea obligațiilor bilaterale de întreținere, prin validarea de către instanță a înțelegerii părinților în acest sens, este **singura modalitate de restabilire a caracterului echitabil** al contribuției părinților la întreținerea copilului minor. Drept urmare, Înalta Curte de Casație și Justiție, prin decizia nr. 6 din data de 11 februarie 2019, a admis recursul în interesul legii promovat de procurorul general și, în consecință, a stabilit că „instanța de tutelă va putea dispune compensația obligațiilor de întreținere datorate de fiecare părinte copilului care nu locuiește împreună cu acesta, până la limita celei mai mici dintre ele și în măsura în care compensația nu contravine interesului superior al copilului”.

Cu privire la decizia ÎCCJ, unii autori²² se aliniază mai degrabă opiniei minoritare, în sensul de a fi de acord cu faptul că nu se pot compensa obligațiile de întreținere, având în vedere atât definiția dată compensației de art. 1.616 C. civ., cât și condițiile de existență ale acesteia, prevăzute de art. 1.617 C. civ. În acest sens, prima și cea mai importantă condiție, în opinia autorilor menționați, o reprezintă **reciprocitatea obligațiilor**, respectiv existența între aceleași părți din raportul obligațional a calității atât de **creditor**, cât și de **debitor** al obligației de întreținere, autorii subliniind faptul că minorul are calitatea de creditor, iar părintele de debitor. Aceștia consideră că „o astfel de interpretare conduce la concluzia că există o regretabilă confuzie terminologică între creditor și debitor, în viziunea instanței supreme, părțile fiind părinții copilului, făcându-se abstracție că, în realitate, creditorul unei atari obligații este copilul, și nicidecum părintele la care acesta are locuința stabilită”.

De asemenea, aceiași autori arată că, potrivit art. 1.618 lit. c) C. civ., compensația nu poate interveni atunci când are ca obiect un **bun insesizabil**, iar creanțele privind dreptul la întreținere sunt **insesizabile**, ceea ce reprezintă o interdicție ca acestea să formeze obiectul compensației, interdicția fiind de natură a ocroti tocmai **interesul superior al copilului** minor, în calitatea acestuia de **creditor al obligației de întreținere**.

Totodată, autorii menționați susțin reglementarea cuprinsă în art. 515 C. civ. potrivit căreia: „nimeni nu poate renunța pentru viitor la dreptul său de întreținere”, arătându-se faptul că, părinții, fiind reprezentanții legali ai copiilor minori, nu pot renunța, în numele copiilor lor, la dreptul acestora la întreținere, întrucât acest drept nu le aparține și nici nu pot dispune de el.

În privința condiției prevăzute de art. 1.617 C. civ., și anume aceea să existe două datorii care să fie certe, lichide și exigibile, oricare ar fi izvorul lor, și să aibă ca obiect o sumă de bani sau o cantitate de bunuri fungibile de aceeași natură, autorii fac referire la aspectele reținute în jurisprudența recentă²³, potrivit căroră **creanțele de întreținere nu au caracter reciproc** și nici nu au la bază două datorii certe, lichide și exigibile, soluția compensării lor nefiind în **interesul superior al minorului** ocrotit, prevăzut de art. 2 alin. (2) din Legea nr. 272/2004.

Cu toate acestea, având în vedere **caracterul solidar al întreținerii**, autorii nu exclud o ipoteză de lucru în care părinții pot ajunge în raporturi obligaționale reciproce²⁴. Aceasta ar putea lua ființă exclusiv ulterior unei perioade în care, de exemplu, obligațiile stabilite în sarcina fiecărui părinte nu au fost executate, instanța judecătorească fiind obligată a verifica dacă obligația de întreținere stabilită în favoarea fiecărui copil a fost executată în integralitate de un singur codebitor.

Autorii citați mai evidențiază faptul că o astfel de compensație ar fi posibilă și în ipoteza aplicabilității dispozițiilor art. 325 alin. (1) C. civ., potrivit căruia „soții sunt obligați să își acorde sprijin material reciproc”, coroborat cu art. 516 alin. (1) C. civ., care prevede că „obligația de întreținere există între soți”, iar, într-o asemenea situație, „reciprocitatea există între subiecții raportului obligațional, fapt care conduce, invariabil, la **posibilitatea stingerii obligației prin compensație** (subl.ns.)”²⁵.

Concluzii

Având în vedere complexitatea factorilor care intervin în procesul creșterii și educării copilului, printre care și cel al obligației de întreținere a părinților față de copiii lor minori, credem

²² B.D. Moloman, *Considerații critice referitoare la compensația obligației de întreținere*, în Revista de Dreptul Familiei nr. 2/2022, Ed. Universul Juridic, pp. 78-102.

²³ A se vedea Jud. Constanța, sentința civilă nr. 101/2020, online pe adresa www.rolii.ro.

²⁴ A se vedea B.D. Moloman, *op. cit.*, nota de subsol nr. 43, p. 96.

²⁵ *Ibidem*, nota nr. 41.

că este necesară o interpretare eficientă a judecătorului și o mai bună înțelegere a cauzelor care privesc litigiile privind familia, ținând cont, în principal, de *interesul superior al copilului*.

Numeroasele soluții pronunțate de instanțele judecătorești au dus la o bogată jurisprudență națională. În ce măsură această jurisprudență este unitară sau nu, am încercat să deslușim prin câteva argumente aduse în această lucrare.

Un real sprijin al instanțelor în vederea realizării unei interpretări unitare a dispozițiilor legale care privesc soluționarea cauzelor cu minori, considerăm că îl constituie deciziile Înaltei Curți de Casație și Justiție, prin soluționarea conflictelor ivite în practica judiciară. Acestea constituie un pas important în unificarea practicii judiciare, alături de recursurile în interesul legii sau hotărârile pronunțate în dezlegarea unor chestiuni de drept.

În acest context, atât în dreptul românesc cât și în tratatele și convențiile internaționale la care România este parte, ***principiul respectării interesului superior al copilului*** este primordial în luarea oricăror măsuri care îl privesc, acesta fiind ocrotit, în mod special, datorită vulnerabilității conferite de vârsta sa fragedă. Ca propuneri de *lege ferenda*, ne-am gândit la necesitatea armonizării legislației naționale cu cea internațională în domeniul drepturilor copiilor.

Considerații pe marginea răspunderii pentru fapta persoanei care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială

[Considerations Regarding The Liability For The Act of The Person Benefiting From Legal Advice or Special Guardianship]

Conf. univ. dr. Nora Andreea DAGHIE*

Abstract: Article 1372 of the Civil Code, as amended by the provisions of art. 7 point 67 of Law no. 140/2022, enshrines with principle value the establishment of an objective liability, independent of any form of guilt of the perpetrator, of the guardian who supervises the persons protected by judicial counseling or special guardianship. Through their behavior, often spontaneous, surprising, these categories of people represent a particular social danger of harm, needing guidance, control and constant observation, due to their poor state of mental health. The responsibility of the person who had the obligation to supervise a person placed under protection presupposes the fulfillment, first of all, of the conditions necessary for the engagement of tortious civil liability for his own deed and is analyzed in the person of the person who benefits from legal advice and special guardianship, since he is the author himself – said of the deed for which the guardian is called to answer. However, there is a particularity, in the sense that, according to art. 1372 para. (2) C. civ., „responsibility exists even when the perpetrator, being without discernment, is not responsible for his own deed”. Therefore, the application of art. 1372 para. (1) Civil Code it is not conditioned by the guilt of the person placed under protection.

Keywords: Protective Measures; Judicial Advice; Special Guardianship; Guardian; Liability

Preliminarii

În principiu, fiecare persoană este răspunzătoare pentru propriile fapte prejudiciabile. Însă, când paguba este generată de un concurs de fapte multiple întâmplare într-o înlănțuire de circumstanțe, unele favorizante, altele atenuante, insuficiența principiului răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie săvârșită cu vinovăție devine flagrantă. Mai ales în cazurile în care prejudiciul se constituie în urmarea firească, directă și necesară a unei fapte ilicite săvârșite de către o persoană care, fie nu are discernământul faptelor sale, motiv pentru care este pusă sub supravegherea unei alte persoane capabile, fie, deși capabilă, nu se bucură de totală libertate a deciziilor și a acțiunilor sale, aflându-se în subordinea altei persoane. Astfel de situații au demonstrat că acest principiu nu are și nu ar trebui să aibă un caracter exclusiv, el putându-se dovedi, de multe ori, insuficient în încercarea victimei de a obține repunerea sa în situația în care s-ar fi aflat dacă fapta ilicită păgubitoare nu ar fi fost comisă, fiind nevoită să suporte parțial, uneori chiar total, prejudiciul suferit¹.

Pentru aceste considerente, legiuitorul, urmărind finalitatea ocrotirii intereselor victimei, a instituit, pe lângă răspunderea directă, pentru fapta proprie, și o răspundere civilă delictuală pentru fapta altei persoane.

Răspunderea pentru fapta persoanei care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială reprezintă o asemenea ipoteză de răspundere civilă delictuală indirectă, pentru fapta altuia. Prin

* Facultatea de Drept și Științe Administrative din cadrul Universității „Dunărea de Jos” din Galați; nora.daghie@ugal.ro

¹ Mangu F.I., *Despre raportul dintre răspunderea civilă delictuală pentru fapta proprie și răspunderea civilă delictuală pentru fapta altei persoane*, în Acta Universitatis Lucian Blaga nr. 1/2015, p. 58.

dispozițiile art. 7 pct. 67 din Legea nr. 140/2022 privind unele măsuri de ocrotire pentru persoanele cu dizabilități intelectuale și psihosociale și modificarea și completarea unor acte normative, au fost modificate denumirea marginală a art. 1372 C. civ. și conținutul primului alineat astfel:

„Răspunderea pentru fapta minorului sau a persoanei care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială

(1) Cel care în temeiul legii, al unui contract ori al unei hotărâri judecătorești este obligat să supravegheze un minor sau o persoană care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială răspunde de prejudiciul cauzat altuia de către aceste din urmă persoane.”

Pornind de la principiul consacrat prin dispozițiile art. 104 alin. (1) C. civ., potrivit căruia orice măsură de ocrotire a persoanei fizice se stabilește numai în interesul acesteia, legiuitorul român a instituit trei forme noi de ocrotire: asistența pentru încheierea actelor juridice, consilierea judiciară și tutela specială, după ce Curtea Constituțională, prin Decizia nr. 601/2020, cu unanimitate de voturi, a admis excepția de neconstituționalitate și a constatat că dispozițiile art. 164 alin. (1) C. civ., care reglementau procedura punerii sub interdicție judecătorească, erau neconstituționale.

Curtea Constituțională a reținut încălcarea prevederilor constituționale ale art. 1 alin. (3), art. 16 și art. 50, astfel cum se interpretează potrivit art. 20 din Constituție și prin prisma art. 12 din Convenția privind drepturile persoanelor cu dizabilități. În motivarea soluției pronunțate, Curtea a reținut, în esență, că „măsura de ocrotire a punerii sub interdicție judecătorească prevăzută de art. 164 alin. (1) C. civ. nu este însoțită de suficiente garanții care să asigure respectarea drepturilor și libertăților fundamentale ale omului. Aceasta nu ține cont de faptul că pot exista diferite grade de incapacitate și nici de diversitatea intereselor unei persoane, nu se dispune pentru o perioadă determinată de timp și nu este supusă unei revizuiri periodice. Prin urmare, Curtea a reținut că orice măsură de ocrotire trebuie să fie proporțională gradului de incapacitate, să fie adaptată la viața persoanei, să se aplice pentru cea mai scurtă perioadă de timp, să fie revizuită periodic și să țină cont de voința și preferințele persoanelor cu dizabilități. De asemenea, la reglementarea unei măsuri de ocrotire, legiuitorul trebuie să țină cont de faptul că pot exista diferite grade de incapacitate, iar deficiența mintală poate varia în timp (...). O incapacitate nu trebuie să conducă la pierderea exercițiului tuturor drepturilor civile, ci trebuie analizată în fiecare caz în parte. Orice persoană trebuie să fie liberă să acționeze în vederea dezvoltării personalității sale, statul, în virtutea caracterului său social, având obligația de a reglementa un cadru normativ care să asigure respectarea individului, deplina exprimare a personalității cetățenilor, a drepturilor și libertăților lor, a șanselor egale, având ca rezultat respectarea demnității umane²,..

Așadar, modificările legislative au fost determinate de nevoia unei reglementări moderne în acest domeniu, care să răspundă cât mai bine trebuințelor diverselor categorii de persoane vulnerabile³.

² Extras din comunicatul Curții Constituționale, disponibil la <https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-16-iulie-2020/>.

³ Prin Raportul vizitei efectuate în România, în noiembrie 2018, Comisarul pentru Drepturile Omului al Consiliului Europei a invitat autoritățile române să înlocuiască sistemul actual de tutelă, denumit sistemul „deciziei substitute”, cu cel al „deciziei asistate”, care să asigure persoanelor cu dizabilități mintale o asistență independentă, la adăpost de conflicte de interese și supusă controlului judiciar periodic. A se vedea parag. 35-38 și 53 din Raport, accesibil la <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-romania-from-12-to-16-november-2018-by-dunja-mi/1680925d71> și Miclăuș-Badin M.-N., *Comentariu la art. 164 C. civ.*, în lucrarea colectivă *Noul Cod civil. Comentariu pe articole*, Baias Fl.A., Chelaru E., Constantinovici R., Macovei I. (coordonatori), ed. a 3-a, Ed. C.H. Beck, București, 2021, p. 189.

Pentru studiul de față prezintă interes numai ocrotirea majorului prin consiliere judiciară și tutelă specială, având în vedere că, prin raportare la dispozițiile art. 3 din Legea nr. 140/2022, numirea asistentului pentru încheierea unor acte juridice nu aduce atingere capacității de exercițiu a majorului⁴.

Ocrotirea majorului prin consiliere judiciară și tutelă specială

Diferența dintre cele două noi măsuri de ocrotire este dată de gradul de deteriorare a facultăților mintale ale persoanei care are nevoie de ocrotire⁵.

Astfel, conform prevederilor art. 164 C. civ.,

„(1) Majorul care nu se poate îngriji singur de interesele sale din cauza unei deteriorări a facultăților mintale, temporare sau permanente, parțiale sau totale, stabilite în urma evaluării medicale și psihosociale, și care are nevoie de sprijin în formarea sau exprimarea voinței sale poate beneficia de consiliere judiciară sau tutelă specială, dacă luarea acestei măsuri este necesară pentru exercitarea capacității sale civile, în condiții de egalitate cu celelalte persoane.

(2) *O persoană poate beneficia de consiliere judiciară dacă deteriorarea facultăților sale mintale este parțială și este necesar să fie consiliată în mod continuu în exercitarea drepturilor și libertăților ei.*

(3) *Instituirea consilierii judiciare se poate face numai dacă nu poate fi asigurată o protecție adecvată a persoanei ocrotite prin instituirea asistenței pentru încheierea actelor juridice.*

(4) *O persoană poate beneficia de tutelă specială dacă deteriorarea facultăților sale mintale este totală și, după caz, permanentă și este necesar să fie reprezentată în mod continuu în exercitarea drepturilor și libertăților ei.*

(5) *Instituirea tutelei speciale se poate face numai dacă nu poate fi asigurată o protecție adecvată a persoanei ocrotite prin instituirea asistenței pentru încheierea actelor juridice sau a consilierii judiciare.”*

Pentru identificarea măsurii adecvate persoanei a cărei ocrotire se solicită, instanța de judecată trebuie să aibă un tablou clinic complet. Prin urmare, raportul de evaluare medicală și cel psihologic trebuie să cuprindă elemente îndestulătoare, precum referiri la natura și gradul de severitate al afecțiunii psihice și la evoluția previzibilă a acesteia, la amploarea nevoilor sale și la celelalte circumstanțe în care se găsește, dar și mențiuni cu privire la necesitatea și oportunitatea instituirii unei măsuri de ocrotire⁶.

Conform dispozițiilor art. 167 C. civ., în caz de nevoie și până la soluționarea cererii de instituire a consilierii judiciare sau a tutelei speciale, instanța de tutelă poate numi un curator special pentru îngrijirea și reprezentarea celui a cărui ocrotire a fost cerută, precum și pentru administrarea bunurilor acestuia.

⁴ Spre deosebire de reglementarea anterioară, unde efectul procedurii de punere sub interdicție era lipsirea de capacitate în întregime a interzisului, actualele măsuri de ocrotire a persoanei cu dizabilități care se răsfrâng asupra capacității de exercițiu a celui ocrotit permit un sistem de protecție cu geometrie variabilă. Ocrotitului plasat sub tutelă specială îi este aplicabil regimul juridic al lipsei capacității de exercițiu [art. 43 lit. b) C. civ., modificat prin Legea nr. 140/2022], iar celui plasat sub consilierea judiciară, îi este aplicabil regimul de capacitate al persoanei cu capacitate de exercițiu restrânsă [art. 41 alin. (1^a) și art. 42 alin. (3) C. civ., introduse prin Legea nr. 140/2022], dacă prin hotărârea de instituire a măsurii nu s-au prevăzut și alte categorii de acte pe care majorul ocrotit le poate încheia singur. A se vedea Diaconescu Ș, Vasilescu P., *Introducere în Dreptul civil*, volumul I, Ed. Hamangiu, București, 2022, p. 131.

⁵ Stănilă S.I., Roșu C., *Procedura punerii sub interdicție judecătorească în „haine” noi*, în *Dreptul* nr. 11/2022, p. 54.

⁶ Stănilă S.I., Roșu C., *loc. cit.*, p. 56.

Măsura consilierii judiciare și măsura tutelei speciale nu pot fi dispuse de instanță decât pentru o perioadă determinată de timp. Astfel, potrivit art. 168 alin. (2) C. civ., instituirea consilierii judiciare nu poate depăși 3 ani, iar, potrivit art. 168 alin. (3) C. civ., instituirea tutelei speciale nu poate depăși 5 ani. În mod excepțional, în cazul în care deteriorarea facultăților mintale ale persoanei ocrotite este permanentă, instanța poate dispune prelungirea măsurii tutelei speciale pentru o durată mai mare, care nu poate să depășească 15 ani [art. 168 alin. (3) teza a II-a C. civ.].

Măsura de ocrotire își va produce efectele de la data când hotărârea judecătorească rămâne definitivă. Față de terți, potrivit dispozițiilor art. 169 alin. (2) C. civ., lipsa de capacitate de exercițiu a celui ocrotit nu poate fi opusă decât de la data îndeplinirii formalităților de publicitate prevăzute de Codul de procedură civilă, afară numai dacă cel de-al treilea a cunoscut instituirea măsurii de ocrotire pe altă cale.

O parte a doctrinei a apreciat noul sistem de ocrotire a persoanei fizice ca fiind favorabil acesteia, un sprijin real, adaptat necesităților și gradului de afectare a facultăților mintale, în măsură să o încurajeze să se descurce autonom în toate aspectele sociale și juridice în care este capabilă să o facă, în condiții de egalitate cu celelalte subiecte de drept, cu respectarea demnității și a celorlalte drepturi și libertăți fundamentale⁷.

S-au formulat însă și critici severe față de actul normativ ce avea să schimbe paradigma în materie, cei chemați să îl aplice așteptându-se la „o veritabilă reformă în domeniu”⁸.

Fundamentul răspunderii pentru fapta persoanei care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială (formă a răspunderii pentru fapta altuia)

Reglementarea răspunderii pentru fapta altuia în actualul Cod civil constituie, potrivit doctrinei, o reformare radicală a instituției juridice, mai cu seamă în ceea ce privește fundamentul ipotezelor speciale de răspundere, oferind noi interpretări, mai pragmatice, mai realiste, mai aproape de interesele persoanelor care au suferit un prejudiciu⁹. Legislația în vigoare acordă întâietate funcției reparatorii, specifice răspunderii civile delictuale, fără însă a subevalua rolul său educativ-preventiv.

Răspunderea pentru fapta altuia are la bază existența unor raporturi în temeiul cărora persoana răspunzătoare exercită o autoritate asupra autorului faptei prejudiciabile, constând în supravegherea, educarea, creșterea sau controlul activității acestuia. Raporturile dintre cei doi sunt, în principiu, de subordonare juridică¹⁰.

În toate cazurile, răspunderea pentru fapta altuia se manifestă ca o veritabilă garanție față de victimă, în privința acoperirii integrale a prejudiciului suferit; persoana responsabilă civilmente apare ca un adevărat garant al celui pentru care este chemată să răspundă; în acest fel, garantând, în virtutea legii, comportamentul acestuia în viața socială, cel ce garantează devine obligat alături și pentru cel garantat ori de câte ori acesta din urmă a comis o faptă ilicită prejudiciabilă¹¹.

⁷ Guzei-Mangu C., *Despre reformarea regimului juridic privind ocrotirea persoanei fizice ca urmare a Deciziei Curții Constituționale nr. 601/2020*, în *Analele Universității de Vest din Timișoara – Seria Drept*, nr. 2/2021, p. 145.

⁸ „(...) dacă sunt constatabile demersurile legale de a se asigura gradualitatea măsurilor de ocrotire a categoriei de persoane vizate în funcție de gradul de capacitate al acestora, de revizibilitate periodică a acestor măsuri, în rest, schimbarea de paradigmă și tendințele reformatoare nu sunt vizibile.” – Popescu E.-F., *Controverse în materia măsurilor de ocrotire a persoanelor, obiect al Legii nr. 140/2022*, în *Dreptul* nr. 11/2022, p. 91.

A se vedea pentru propuneri de lege ferenda, Crăciunescu C.-M., *Câteva considerații privind ocrotirea minorului în perspectiva proiectului de modificare a Codului civil*, în *Revista de Dreptul familiei* nr. 1/2022, pp. 179-180.

⁹ Boilă L.R., Lunțaru L.B., *Tratat de drept civil. Teoria generală a obligațiilor*, Ed. C.H. Beck, București, 2023, p. 290.

¹⁰ Mangu F.I., *loc. cit.*, p. 60.

¹¹ Daghe N.A., *Izvoarele obligațiilor civile*, Ed. Universul Juridic, București, 2018, p. 280.

Ideea de garanție constituie, așadar, fundamentul acestei răspunderi, sprijinindu-se, în toate cazurile, pe riscul de autoritate, persoana însărcinată cu supravegherea, direcția, controlul și organizarea modului de viață și a activității făptuitorului trebuind să garanteze societății, în general, și victimei, în special, că, sub autoritatea și sub supravegherea sa, făptuitorul nu reprezintă niciun risc, iar dacă totuși, prin fapta ilicită a acestuia, va fi cauzat un prejudiciu, ea îl va repara¹².

Răspunderea pentru fapta altuia constituie o garanție față de victimă, și nu o cauză de exonerare de răspunderea pentru propria faptă a celui ce a cauzat efectiv prejudiciul. Răspunderea pentru fapta proprie a autorului nemijlocit al prejudiciului constituie centrul întregului sistem al răspunderii: avantajul creat victimei, ca o măsură de protecție, nu poate fi invocat, în interesul său, de autorul faptei ilicite cauzatoare de prejudicii¹³. Ceea ce presupune cu necesitate că, dacă autorul direct acoperă integral prejudiciul cauzat, acesta nu se va putea întoarce împotriva persoanei responsabile civilmente, printr-o acțiune în regres, întrucât nimeni nu poate invoca în favoarea sa propria-i culpă¹⁴.

Textul art. 1372 C. civ. are caracter de maximă generalitate, fiind trasate doar coordonatele angajării răspunderii civile atunci când persoana care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială săvârșește o faptă ilicită prin care cauzează prejudicii unei alte persoane, determinând făptuitorul, persoana responsabilă pentru paguba produsă, obligația de supraveghere stabilită prin lege, hotărâre judecătorească sau contract¹⁵.

Astfel, pentru prejudiciile cauzate de persoana ocrotită prin una dintre cele două măsuri, consiliere judiciară sau tutelă specială, răspunderea revine tutorelui [art. 170 alin. (1) C. civ.].

Răspunderea tutorelui pentru fapta bolnavului psihic care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială se fundamentează pe neîndeplinirea obligațiilor de supraveghere și control al modului de viață. Potrivit doctrinei¹⁶, textul legal se referă la supravegherea cu titlu permanent, deoarece numai în acest mod poate fi susținută ideea exercitării unei autorități asupra persoanelor supravegheate, justificată de comportamentul lor imprevizibil, spontan adeseori, lipsite de discernământ¹⁷, de natură a cauza prejudicierea altor persoane. Acceptarea calității de tutore implică și asumarea obligației de supraveghere a acestor persoane vulnerabile, inclusiv a răspunderii pentru consecințele faptelor lor dăunătoare, conferind astfel o stare de siguranță pentru toți membrii societății¹⁸.

Mai mult, potrivit dispozițiilor art. 174 alin. (1) teza I C. civ., tutorele este dator să îngrijească de cel ocrotit, spre a-i grăbi vindecarea, a-i restaura autonomia, a-i îmbunătăți condițiile de viață

¹² Mangu F.I., *loc. cit.*, pp. 60-61.

¹³ Motica R.I., Mangu F.I., *Aspecte noi privind reglementarea răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia în noul Cod civil*, în Noile coduri ale României, Ed. Universul Juridic, București, 2011, p. 246.

¹⁴ Lulă I., *Câteva observații asupra răspunderii civile delictuale pentru fapta altuia*, în Contribuții la studiul răspunderii civile delictuale, Ed. Cordial Lex, Cluj-Napoca, 1997, p. 90.

¹⁵ Boilă L.R., Luntraru L.B., *op. cit.*, p. 291.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ „Principiul tradițional în această materie este că nu răspunde de propria sa culpă decât persoana care își dă seama de actele ce le săvârșește; omul, căruia îi lipsește discernământul, nu este responsabil de actele păgubitoare pe care le comite, nici din punct de vedere civil, nici din punct de vedere penal. Astfel, nebunul sau copilul nevârșnic nu sunt responsabili.” – Hamangiu C., Bălănescu I.R., Băicoianu A., *Tratat de drept civil român*, vol. II, ediție anastatică 2022, Ed. Universul Juridic, București, 2022, p. 767.

¹⁸ „Activitatea noastră nu se exercită într-o insulă pustie, ci într-un mediu social și (...) oamenii au nu numai diferite libertăți de acțiune, dar au, de asemenea, și dreptul de a se bucura în liniște de viața lor și de bunurile lor” – Stark B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Ed. L. Rondstein, Paris, 1947, p. 39 *apud* Boilă L.R., *Reflecții privind transformarea profundă a paradigmei clasice a răspunderii civile în condițiile societății contemporane*, în In honorem F.A. Baiaș, *Aparența în drept*, Tomul I, Ed. Hamangiu, București, 2021, p. 604.

și a-i asigura bunăstarea morală și materială, luând în considerare starea lui, abilitățile sale, gradul de incapacitate al acestuia, dar și celelalte circumstanțe în care se găsește.

Obligația de supraveghere poate avea izvorul în:

- **contract** (de exemplu, art. 166 C. civ. Desemnarea tutorelui: „Orice persoană care are capacitatea deplină de exercițiu poate desemna prin act unilateral sau convenție, încheiate în formă autentică, persoana care urmează a fi numită tutore pentru a se îngriji de persoana și bunurile sale în cazul în care ar fi pusă sub consiliere judiciară sau tutelă specială. Dispozițiile art. 114 alin. (3)-(5) se aplică în mod corespunzător”);

- **hotărâre judecătorească** (de exemplu, art. 170 C. civ. Numirea tutorelui: „Prin hotărârea prin care a fost luată măsura de ocrotire, instanța de tutelă numește persoana care va exercita funcția de tutore de la data rămânării definitive a hotărârii. Dispozițiile art. 114-117, art. 119 și 120 se aplică în mod corespunzător” sau art. 167 C. civ. Numirea unui curator special: „În caz de nevoie și până la soluționarea cererii de instituire a consilierii judiciare sau a tutelei speciale, instanța de tutelă poate numi un curator special pentru îngrijirea și reprezentarea celui a cărui ocrotire a fost cerută, precum și pentru administrarea bunurilor acestuia”);

- **lege**, cum este cazul unităților spitalicești de stat care tratează bolnavii psihici puși sub ocrotire.

Condițiile răspunderii pentru fapta celui ocrotit prin consiliere judiciară sau tutelă specială

Răspunderea celui care avea obligația să supravegheze o persoană pusă sub ocrotire presupune îndeplinirea, în primul rând, a condițiilor necesare angajării răspunderii civile delictuale pentru fapta proprie și se analizează în persoana celui ce beneficiază de consiliere judiciară și tutelă specială, întrucât acesta este autorul propriu-zis al faptei pentru care tutorele este chemat să răspundă.

Există însă o particularitate, în sensul că, potrivit art. 1372 alin. (2) C. civ., „răspunderea subzistă chiar în cazul când făptuitorul, fiind lipsit de discernământ, nu răspunde pentru fapta proprie”. Prin urmare, aplicarea art. 1372 alin. (1) C. civ. nu este condiționată de vinovăția persoanei puse sub ocrotire.

În concluzie, victima prejudiciului trebuie să facă dovada cu privire la:

- existența prejudiciului;
- existența faptei ilicite a persoanei puse sub ocrotire;
- raportul de cauzalitate între fapta ilicită și prejudiciu.

Unii autori din literatura de specialitate¹⁹ apreciază că alături de aceste condiții cu valoare generală, conform art. 1372 alin. (1) C. civ., această formă de răspundere se poate angaja numai dacă sunt prezente și două condiții speciale, care se grefează pe cele generale:

- statutul juridic de persoană pusă sub ocrotire a autorului faptei ilicite și prejudiciabile;
- existența obligației de supraveghere a autorului faptei ilicite și prejudiciabile în sarcina persoanei răspunzătoare, obligație născută direct din lege, dintr-un contract ori stabilită prin hotărâre judecătorească.

Dacă victima a făcut dovada celor trei condiții generale care se apreciază în persoana celui pus sub ocrotire, ea va beneficia de trei prezumții:

- prezumția că obligația de supraveghere nu a fost îndeplinită;
- prezumția vinovăției tutorelui;

¹⁹ Belu Magdo M.-L., *Răspunderea extracontractuală în reglementarea Codului civil și în legislația conexă*, Ed. Hamangiu, București, 2023, p. 163.

- prezumția existenței legăturii de cauzalitate între neîndeplinirea obligației de supraveghere și săvârșirea de către persoana pusă sub ocrotire a faptei prejudiciabile.

Aceste prezumții pot fi răsturnate, art. 1372 alin. (3) teza I C. civ. dispunând că persoana obligată la supraveghere este exonerată de răspundere numai dacă dovedește că nu a putut împiedica fapta prejudiciabilă, dovadă care se poate face numai pe terenul cauzalității, adică în condițiile cazului fortuit, forței majore, faptei victimei sau a unui terț, dacă faptele ultimilor doi îndeplinesc condițiile forței majore sau cazului fortuit²⁰.

Efectele răspunderii pentru fapta persoanei ocrotite prin consiliere judiciară sau tutelă specială

Victima prejudiciului are următoarele opțiuni:

1. să pretindă despăgubiri de la tutore, în temeiul art. 1372 C. civ.;
2. să pretindă despăgubiri de la persoana ocrotită prin consiliere judiciară sau tutelă specială, în temeiul art. 1357 C. civ., ceea ce presupune, printre altele, dovedirea vinovăției acestuia, deci a împrejurării existenței discernământului la data săvârșirii faptei ilicite²¹;
3. să cheme în judecată spre a fi obligați la despăgubiri, în solidar, atât pe tutore (în temeiul art. 1372 C. civ.), cât și pe cel ocrotit prin consiliere judiciară sau tutelă specială – autorul faptei (în temeiul art. 1357 C. civ.).

Conform prevederilor art. 1384 C. civ., tutorele care a despăgubit victima are acțiunea în regres împotriva persoanei ocrotite prin consiliere judiciară sau tutelă specială, care a acționat cu discernământ.

Nesubstituindu-se răspunderii civile pentru propria-i faptă ilicită a autorului prejudiciului, ci adăugându-se acesteia, oferind victimei facultatea de a alege calea optimă pentru a-și vedea restabilită situația, în așa fel încât, în urma obținerii despăgubirii, să se regăsească în poziția pe care ar fi avut-o dacă fapta ilicită păgubitoare nu ar fi avut loc, răspunderea civilă delictuală pentru fapta persoanei ocrotite prin consiliere judiciară sau tutelă specială se constituie într-o măsură complementară de ocrotire a intereselor victimei prejudiciate. Prin cumulul celor două răspunderi, aceasta din urmă nu ajunge să se bucure de o dublă despăgubire, victima nu se îmbogățește fără justă cauză, întrucât antrenarea lor cumulativă are drept finalitate numai asigurarea unei despăgubiri integrale, în limitele prejudiciului cauzat²².

Concluzii

Astfel cum a evidențiat doctrina, dreptul incapacităților se ciocnește cu securitatea tranzacțiilor, o exigență necesară a circuitului civil, iar misiunea legiuitorului nu a fost una facilă. Trebuia identificat justul echilibru între salvagardarea autonomiei persoanei ocrotite și necesitatea protejării atât a drepturilor, libertăților și intereselor sale, cât și ale celorlalte persoane²³.

Mai mult, o scurtă incursiune istorică privind reglementarea acestei ipoteze de răspundere civilă delictuală, relevă faptul că de-a lungul evoluției societății umane, fiecare epocă și-a pus

²⁰ *Ibidem*, p. 155.

²¹ Conform dispozițiilor art. 1366 C. civ., „(1) Minorul care nu a împlinit vârsta de 14 ani sau persoana care beneficiază de tutela specială nu răspunde de prejudiciul cauzat, dacă nu se dovedește discernământul său la data săvârșirii faptei. (2) Minorul care a împlinit vârsta de 14 ani răspunde de prejudiciul cauzat, în afară de cazul în care dovedește că a fost lipsit de discernământ la data săvârșirii faptei. (3) Dispozițiile alin. (1) sunt aplicabile și persoanei care beneficiază de tutela specială, iar prevederile alin. (2) și persoanei care beneficiază de consiliere judiciară”.

²² Motica R.I., Mangu F.I., *op. cit.*, p. 245.

²³ Miclăuș-Badin M.-N., *loc. cit.*, p. 191.

amprenta propriilor sale concepte psiho-filosofico-juridice asupra acestei instituții, adăugând noi valențe²⁴.

Dispozițiile art. 1372 C. civ. reprezintă în prezent temeiul legal al obligării tutorelui la repararea prejudiciului cauzat de persoana care beneficiază de consiliere judiciară sau tutelă specială.

Obligația de supraveghere a tutorelui are un caracter complex, reunind pe lângă observarea nemijlocită a conduitei persoanei ocrotite și îndrumarea, coordonarea și controlul faptelor sale, cu scopul prevenirii prejudicierii altor persoane.

Noua reglementare propune un fundament obiectiv, independent de vinovăția făptuitorului, și este apreciată ca fiind o construcție juridică clară, precisă și eficientă, de natură să sprijine efectiv victimele faptelor ilicite în obținerea reparației²⁵.

²⁴ Boilă L.R., Luntraru L.B., *op. cit.*, p. 288.

²⁵ *Ibidem*, p. 293.

**Secțiunea – Teoria generală a dreptului, filosofia
și sociologia dreptului**

*[The Section – General Theory of Law, Philosophy and Sociology
of Law]*

Despre unitate, diversitate și schimbare în evoluția istorică a dreptului

[On unity, diversity and change in the historical evolution of law]

Prof. univ. dr. Ion CRAIOVAN*

Abstract: *Homo juridicus*, in its historical development, builds the core of law, as a unitary imperative normative project of the human being on Earth – which must be respected by all in the name of the values that allow us to live together – such as peace, saving the planet or the right to life and dignity for all human beings. Of course, this generic construction can be configured differently, from the immeasurable diversity of social life. This is the result of social action in different local, regional, global contexts in historical time, not without contradictory developments, failures, avatars, always imperfect but perfectible. The triad of permanence, diversity, change, regarding law, cannot remain confined in the abstract. Its cardinal test is given by the way in which law participates in solving global problems but also concrete ones, how, in different contexts, it solves people's problems – *hic et nunc!*

Keywords: Law; History; Culture; Unity; Permanence; Change

Introducere

Evoluția istorică a dreptului nu poate fi izolată de cultura unui timp istoric. O incursiune doar ilustrativă și aleatorie, în orizontul diferitelor civilizații și culturi, poate doar sesiza arii, secvențe, repere, în diversitate, ca momente de reflecție pentru cunoașterea juridică. Aceasta nu se situează în zona adiacentă a cunoașterii juridice, ci reprezintă un demers de explorare relevant pentru știința dreptului. În acest sens invocăm din Carta Transdisciplinarității (Portugalia, 1994): „Transdisciplinaritatea conduce la o atitudine deschisă față de mituri și religii și față de cei care le respectă în spirit transdisciplinar” (art. 9). „Nu există nici o cultură privilegiată în raport cu celelalte. Demersul transdisciplinar este în sine transcultural” (art. 10).

I. Perenitatea ca unitate a dreptului ilustrată de dreptul roman

Există mai multe definiții romane ale dreptului, cele mai cunoscute aparținând jurisconsulților ... pentru jurisconsultul Paulus dreptul „*id quod semper aequum ac bonum est*” (ceea ce este mereu echitabil și bun), iar pentru Celsus „*ars boni et aequi*” (arta binelui și a echității)...dreptul este stabilit pentru toți (*Iura generaliter constituuntur* – Ulpian, D1, 3, 8)... justiția este voința statornică și general valabilă de a da fiecăruia ce este al său (*Iustitia est constans et perpetuas voluntas ius suum cuique tribuere* – Ulpian, D 1, 1, 10, pr.)... după dreptul natural toți oamenii sunt egali (*Quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt* – Ulpian, D. 50, 17, 32)... iar puterea legii constă în a porunci, a opri, a permite, a pedepsi (*Legis virtus haec est: imperare vetare, permittere, punire* – Ulpian, D. 1, 3, 7)...dreptul public este acela care privește organizarea statului roman și cel privat interesele particularilor (“*Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”)...*jus naturae* (dreptul natural) era considerat la romani un sistem de principii juridice valabil pentru toate popoarele și toate timpurile...obiceiul, regulă străveche, definit ca „voința poporului exprimată prin lucruri și fapte” (*voluntas populi*

* Președintele Asociației Române de Filosofie a Dreptului, membru al Academiei Europae; icraiovan@yahoo.com.

rebus et factis declarata).. a fost singurul izvor al dreptului roman până la adoptarea Legii celor XII Table...Gaius afirma că legea este ceea ce poporul decide și hotărăște (*quod populus romanus iubet atque constituit*)...Legea celor XII Table (*Lex duodecim Tabularum*), cea mai veche lege romană(449 a. Ch.), ca o expresie a necesității ca dreptul cutumiar să fie sistematizat și publicat, a dăinuit 11 secole...eternă (imprescriptibilă) să fie revendicarea lucrului răpit cu violență (T. II, 8); dacă cineva a comis fără drept vreo stricăciune să repare paguba (T. VII, 2); cel care va fi atras prin vrăji roadele pământului (altuia) să fie sacrificat zeiței Ceres (T. VII, 3); dacă un patron comite vreo fraudă în detrimentul clientului său, să fie sacrificat (pedepsit cu moartea ca victimele sacrificate zeilor) (T. VII, 15); să nu se facă legi excepționale care privesc anumite persoane (T IX, 1); dacă un judecător sau un arbitru va fi primit bani pentru aceasta, să fie pedepsit cu pedeapsa capitală (T. IX, 2); în legătură cu viața cetățeanului să nu se hotărască decât de marea adunare (comitiile centuriate) (T. IX, 3); ordinul poporului și părerile sale să fie ceea ce poporul a ordonat mai în urmă: aceasta să fie legea și să aibă tărie (T. XI, 1)(Cf. Reconstituirilor, textul original nu ne-a parvenit, *apud* Bouchaud)¹.

II. Rădăcini mitice ale dreptului și arhetipuri juridice în culturile și civilizațiile lumii. Câteva ilustrări.

- *Șamaș² – zeul luminii...el vede totul, aude totul, înțelege totul. El impune legile și împarte dreptatea. El guvernează instituirea Codului de legi al lui Hammurabi... imaginea care îl simbolizează este discul solar ridicându-se între doi munți sau un simplu cerc cu raze.*

- *În lumea mitologică egipteană, Maat³ simbolizează echilibrul, ordinea socială și cea cosmică. Maat este fiica lui Ra, zeul-Soare, și consoarta lui Thot, judecătorul zeilor. Ea este dreptatea și adevărul, rânduiala ritualurilor religioase și etica vieții sociale.*

- *Hinduism...Brahman, primul și unicul Dumnezeu suprem (lipsit de formă). Universul în energie statică potențială...Adi-Shakti, aspectul feminin a Divinității Supreme în formă kinetică dinamică...cele Trei Maha Shaktis (Super Puteri) ale Universului Super Zeițele Hinduismului: MahaSaraswati (Marea Saraswati) – Forța Universală a Creației; Maha Lakshmi (Marea Lakshmi) – Forța Universală a Conservării; Maha Kali (Marea Kali) – Forța Universală a Dizolvării...Shiva, distrugătorul... Mitra, zeul onestității, prieteniei și înțelegerilor...*

- *China. Diferite zeități, spirite sau alte ființe mitologice sunt întâlnite în mitologia chineză...Erlang Shen...poseda un al treilea ochi în mijlocul frunții, care a văzut adevărul... Ludan poate detecta adevărul...Xiezhi...creatura dreptății despre care se spune că este capabilă să distingă minciunile de adevăruri; avea un corn lung și drept, folosit pentru a distruge mincinoșii...*

- *Zeus/Jupiter⁴– stăpânul Olimpului. Zeu printre ceilalți zei și fiul cel mic al lui Cronos...garantul ordinii în rândul zeilor și printre oameni. El arbitrează conflictele... deciziile sale sunt drepte și echilibrate... Zeus nu favorizează pe nimeni.*

- *Themis⁵, zeița justiției divine și păstrătoarea legilor și a ordinii naturale... întrucât îl seconda pe Zeus, funcția ei principală în Olimp era, după Homer, de a convoca adunările zeilor și ale*

¹ Molcuț, E. *Drept roman*, Ed. Press Mihaela, București, 1999, pp. 14-21.

² Comte, F. *Mitologiile lumii*, (Larousse, des Mythologies du Monde, 2004), A. Bădescu, (trans) (Bucharest, RAO, Encyclopedia, 2006), p. 163.

³ *Ibid.* 116.

⁴ *Ibid.* 16.

⁵ *Ibid.* 18.

oamenilor. Dar Homer folosește același cuvânt, când ca nume propriu al zeiței, când ca nume comun, indicând echilibrul realizat de justiție⁶.

- Nemesis⁷, zeița măsurii... se opune exceselor în orice domeniu... fiică a necesității, este numită zeița justeii mâinii a zeilor iritați de pretenția oamenilor de a stăpâni lumea...condamnă excesul de fericire, de bogății, de putere – tot ce amenință echilibrul lumii și tot ce strică ordinea impusă de destin.

- Moirele/Parcele⁸, ... totul e scris de ele... personificare a unei legi inflexibile, moirele – femei bătrâne și urâte – se impun în fața tuturor, zei și oameni. Sunt în număr de trei: Atropos, Cloto și Lachesis, fiicele lui Zeus cu Themis... sunt surorile eriniilor și, totodată, pragul ce nu trebuie trecut. Sunt mână în mână cu eriniile, cele ce pedepsesc infracțiunile... personifică moartea brutală, pedeapsa... ele hotărăsc evenimentele războiului, accidente și bolile...în lumea romană au fost asimilate cu parcele care, la origine, erau demonii nașterii... reprezentate în Forum, erau numite „cele trei Destinate”...

- Atena Pallas... asociată cu înțelepciunea, artizanatul și războiul... sincretizată cu zeița romană Minerva... numele ei se poate trage din „intelență divină” (θεοῦ νόσις, theou nóēsis) sau „cea cu cunoștințe divine” (τὰ θεῖα νοοῦσα, ta theia noousa) (Socrate în dialogul „Cratil” al lui Platon)...

- Zalmoxis⁹, ...între realitate și mit, în spațiul daco-get, tronează cu o personalitate complexă, de zeu ... care ca daimon get (Herodot) avea un raport cu un sistem de mistere inițiatice (magia psihomedicală [Platon] și mitul unității trup-spirit [divinitate-omenire] confirmată de trimiterea la calendarul specific dacic, și de asemenea cu trimiterea la doctrina orfică) și de lipsa totală a thanatofobiei la geto-daci ..., (Herodot, Istorie, IV, 94). Simple ilustrări din imensitatea mitologiilor lumii¹⁰, despre viziunile în care transpar idei cu privire la haos și ordine, putere și supunere, libertate și constrângere, bine și rău, normă și pedeapsă, dreptate și nedreptate...despre germinațiile originare ale spiritului uman, care au contribuit la geneza juridicității.

În privința unor arhetipuri juridice în culturile și civilizațiile lumii, am putea ilustra cele ce urmează.

- Mesopotamia... Babilonul... reprezentantul cel mai ilustru al acestui oraș-stat a fost regele Hammurabi (1728-1686 a. Ch.)... codul de legi care îi poartă numele... care aduce țării dreptate, făcându-i pe oameni să se bucure¹¹... Legea talionului (dacă cineva a rupt osul altuia, să-i fie rupt și al lui” – art. 197)... dacă nu exista plângere nu exista judecată... „dacă cineva a învinovățit pe altul, acuzându-l de crimă dar nu poate dovedi, atunci acuzatorul să fie dat morții”. (art. 1)... un proces putea fi revizuit, instanța ultimă de apel fiind regele...

- Egiptul... începuturile acestei civilizații se situează la începutul mileniului al IV-lea a. Ch.... Menes, fondatorul primei dinastii, în jurul anului 3100 a. Ch. – s-au succedat apoi 30 de dinastii... Justiția constituia o funcție distinctă, dar nu era încredințată unui corp aparte, separat de cel al administrației...orice reclamație era înaintată în scris și era înregistrată de greșier, în timp ce arhivarii țineau evidența actelor...judecătorii luau o hotărâre pe baza actelor scrise, a dovezilor

⁶ Kernbach, V. *Dicționar de mitologie generală*, (Dictionary of general mythology) (Bucharest, Scientific and Encyclopedic Publishing House, 1989) p. 584.

⁷ Comte, F. *Ibid.*, p. 54.

⁸ *Ibid.* 18.

⁹ Eliade, M. *De Zalmoxis a Genghis-Han*, M. Ivănescu, C. Ivănescu, trans. (București, Științifică și Enciclopedică, 1980)

¹⁰ Comte, F. *Ibid.*

¹¹ Daniel, C., *Codul lui Hammurabi, Gândirea asiro-babiloniană în texte*, Ed. Științifică, București, 1975, p. 354.

și a depozițiilor martorilor...corupția judecătorilor se pedepsea cu moartea – prin sinucidere impusă... dreptatea era considerată temelia cosmosului și vieții sociale; scopul și datoria faptelor omenești rezidă în săvârșirea dreptății; echilibrul țării constă în practicarea dreptății; pedepsele aspre previn încălcarea dreptății; chiar dacă o făptuire împotriva adevărului și dreptății scapă judecății omenești ea nu scapă zeilor, moralitatea existenței cântărind hotărâtor la judecata finală înaintea lui Osiris¹².

- India...înaintea anului 2500 a. Ch. s-a constituit în Valea Indusului una dintre civilizațiile cele mai spectaculoase ale antichității...civilizația indus a intrat într-o fază de declin către anul 1900 a. Ch. și se prăbușește ca urmare a invaziilor unor populații ariene din nord-vest... instituția socială caracteristică a Indiei ariene este casta...Brahma „părintele întregii lumi” a creat pe Brahmin (brahmani), pe Kșatriya, pe Vaisya și pe Sudra (...)...în fruntea acestei ierarhii se afla casta brahmanilor, a preoților, aceștia trebuind să vegheze „la păstrarea tezaurului legilor civile și religioase”... o normă religioasă devenea și o normă care reglementa, juridic, raporturile sociale – „Legea” (Dharma – „buna conduită”)... „Legile lui Manu” (secolul al II-lea a. Ch. și secolul al II-lea)¹³ consfințeau inegalitatea de castă, omniprezentă...stabilirea îndatoririlor fiecărei caste relevă preocuparea constantă de a înlătura anarhia, arbitrariul și forța prin drept: „ceea ce a fost dat cu de-a sila, stăpânit cu de-a sila, scris cu de-a sila, este declarat nul de Manu, ca toate lucrurile făcute prin constrângere” (VIII, 168)... “Regele care pedepsește pe nevinovați și care nu dă nici o pedeapsă celor care merită să fie pedepsiți, se acoperă de rușine și se duce în infern” (VIII, 128), în timp ce „suveranul în al cărui regat nu se întâlnesc nici hoți, nici adulteri, nici defăimători, nici vinovați de fapte samavolnice sau de maltratări, va merge în locuința lui Sacra (Indra)” (VIII, 386)... „...dacă regele n-ar pedepsi, fără încetare, pe cei care merită a fi pedepsiți, cei tari ar frige pe cei slabi, cum se frig peștii în frigare” (VII, 18)... „dreptatea stă în a aplica pedeapsa conform legii” (IX, 24)... dacă e distrusă, justiția distruge; dacă e apărută, ea apără (...) justiția este singurul prieten care îți rămâne și după moarte” (VIII, 15,17).

- China...¹⁴ prima epocă din istoria Chinei, asupra căreia rezultatele săpăturilor arheologice dau informații certe, este legată de numele dinastiei Xia (sau Hia; 2205 – 1766 a. Ch.)...instituțiile politice și sociale ale Chinei s-au cristalizat încă de la începutul perioadei Zhou, spre sfârșitul mileniului al II-lea a. Ch...regele, în calitate sa de „Fiu al Cerului”, era singurul în drept să officieze sacrificiile aduse cerului. El este, deci, investit cu puteri supranaturale...dacă el nu urmează „legea”, o singură lege reglează și fenomenele naturii și viața publică și conduita morală a oamenilor, el își pierde mandatul pe care i l-a dat Cerul și, deci, poate fi înlocuit... „destinele statului sunt condiționate de stele. După cum constelațiile sunt propice sau nefaste, statul este fericit sau nenorocos” (Wang Cheng, sec. I a. Ch.)... „Din cer vine organizarea socială, cu toate îndatoririle ei”. Iar cum aceasta poate fi realizată numai de către oamenii superiori, literatul – consilierul împăratului și al înalților demnitari, lor le este rezervată și conducerea (Confucius)...doctrina legiștilor, opusă conservatorismului și tradiționalismului confucian, pretinde ca legile să fie publicate și aplicate în mod egal și absolut tuturor, fără nici o deosebire; căci „dacă monarhul dă urmare patimilor sale personale și violează legea, el va genera dezordine”¹⁵...se menționează un sistem de represiune penală extrem de sever... textele din epoca Shang prevăd pedeapsa capitală pentru bețivi, iar un rege, într-o ordonanță regală, previne: „dacă printre voi se află răufăcători (...) eu le voi tăia nasul și pe toți îi voi extermina, fără a-i

¹² Daniel, C., *Gândirea egipteană în texte*, traducere și comentarii Biblioteca Orientalis, București, 1974, pp. 12-17.

¹³ I. Mihălcescu, I.-traducător, *Legile lui Manu*, București, 1920.

¹⁴ Drimba, O., *Istoria culturii și civilizației*, Ed. Științifică și Enciclopedică, București, 1984; pp. 311-373.

¹⁵ *Ibidem*, p. 337.

cruța nici pe fiii lor...” persoanelor de rang înalt, condamnate la moarte, li se acorda favoarea de a se sinucide...pedepsele erau extinse asupra întregii familii a vinovatului și chiar asupra vecinilor săi... „judecătorul va trebui să urmeze spiritul legii și să țină seama de circumstanțe”... pedeapsa era cu atât mai agravată, cu cât vinovatul era într-un grad de rudenie mai apropiat cu victima... judecătorului care, în mod intenționat, achitase un vinovat sau condamnase un nevinovat, i se aplica pedeapsa cuvenită după lege vinovatului... judecătorul care, cu recredință, pronunțase pe nedrept o sentință de pedeapsă capitală, era și el executat.

- *Grecia...temeliile civilizației și culturii grecești – deci și europene – au fost puse în urmă cu cinci milenii în Creta¹⁶....aheii (după 1600 a. Ch.) au fost inițiatorii procesului civilizatoric pe pământul Greciei, proces care va culmina în perioada elenistică a istoriei grecești...în cadrul epocii clasice a civilizației și culturii grecești se distinge secolul al V-lea a. Ch., „secolul de aur” al Atenei, în care statul democrat atenian s-a afirmat în mod pregnant încât Atena este considerată o „Eladă a Eladei” (Pericle)...originile sistemului democratic grecesc trebuie căutate în formele de guvernare ale polis-ului, forme care s-au consolidat în decursul secolului al VI-lea a. Ch...pentru greci un polis era „o comunitate” umană concretă, nu o entitate abstractă... când Aristotel definea omul ca ființă socială (politikon zoon), el înțelegea să spună, mai exact „o ființă care trăiește într-un polis”... polis-ul îi forma grecului simțul practic și îi dădea sentimentul demnității; căci fiecare om liber era cetățean al acestui polis, era consultat, se interesa de toate problemele statului, le putea cunoaște, el împărțea dreptatea în tribunale, îi alegea pe slujbașii statului și îi controla în întreaga lor activitate...constituția ateniană a secolului al V-lea a. Ch. organiza întreaga viață a Atenei – politică, socială, administrativă, juridică, militară – pe baza suveranității Adunării Populare (ecclesia), organul suprem al statului din punct de vedere legislativ, executiv și judecătoresc. Membrii ei – toți cetățenii bărbați care împliniseră vârsta de 20 de ani – participau direct la guvernarea statului...nu erau considerați „cetățeni” femeile, străinii stabiliți în Attica – metecii – și sclavii; precum nici cei ai căror părinți nu erau amândoi atenieni de origine...*

...instanța judiciară supremă era tribunalul cu jurați (heliaia) – emanație a Adunării Poporului...nu existau nici judecători nici avocați de profesie. Unul dintre heliaști îndeplinea rolul de președinte. Nu exista nici acuzator public. Un proces era pornit totdeauna din inițiativa unui simplu cetățean, fie că fusese lezat el, fie pentru că el socotea că fusese lezat statul...dacă pentru anumite cazuri pedeapsa nu era stabilită de lege, mai întâi i se cerea vinovatului să-și propună singur pedeapsa, pe care apoi i-o fixa definitiv juriul. Sentințele acestor jurii populare erau fără drept de apel...în ultimii ani ai secolului al V-lea a. Ch. a apărut în organizarea judiciară a Atenei un element original: arbitrii publici, să îi împace pe împricinați, situație în care ei dădeau o sentință care rămânea definitivă numai dacă părțile o acceptau; în caz contrar, sentința arbitrilor publici era apelabilă în tribunal...în Atena, domnește legea „imparțială, iar demnitățile și onorurile publice sunt rezervate celor ce le merită; unde lipsește orice formă de violență, unde domnește toleranța în raporturile sociale și moderația în viața socială – motive care explică de ce Atena era plină de atâtea bunuri spirituale și materiale”¹⁷. (Pericle)

- Decalogul evocă, conform bibliei, cele 10 porunci sunt dictate de către Dumnezeu lui Moise. În formularea din învățătura iudaică acestea sunt, cele ce urmează¹⁸:

„Eu sunt Domnul, Dumnezeuul tău”; „Să nu ai alți dumnezei afară de mine”; „Să nu-ți faci chip cioplit, nici vreo înfățișare a lucrurilor care sunt sus în ceruri, sau jos pe pământ, sau în apele mai

¹⁶ Drîmbă, O., *Ibid.* pp. 493-669.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 571-573.

¹⁸ Moise, <https://ro.m.wikipedia.org> (accesed 11 April 2022).

de jos decât pământul. Să nu te închini înaintea lor și să nu le slujești”; „Să nu iei în deșert Numele Domnului, Dumnezeuului tău; căci Domnul nu va lăsa nepedepsit pe cel ce va lua în deșert Numele Lui”; „Adu-ți aminte de ziua de odihnă, ca s-o sfințești”; „Cinstește pe tatăl tău și pe mama ta, pentru ca să ți se lungească zilele în țara, pe care ți-o dă Domnul, Dumnezeuul tău”; „Să nu ucizi”; „Să nu preacurvești”; „Să nu furi”; „Să nu mărturisești strâmb împotriva aproapelui tău”; „Să nu poftești casa aproapelui tău; să nu poftești nevasta aproapelui tău, nici robul lui, nici roaba lui, nici boul lui, nici măgarul lui, nici vreun alt lucru care este al aproapelui tău”. S-a apreciat că cele zece porunci constituie temelia tuturor (sau aproape tuturor) sistemelor juridice ale destinului și condiției umane¹⁹.

• *Arhetipuri juridice din Biblie... În rugăciunea pentru apostoli, Mântuitorul cere lui Dumnezeu: „Sfințește-i pe ei întru adevărul Tău; Cuvântul Tău este adevărul” (Ioan 8,32)... Iisus Hristos adresându-se iudeilor, spune: „Și veți cunoaște adevărul și adevărul vă va face liberi”... Sfântul Apostol Pavel constată că: „împotriva adevărului n-avem nicio putere” (II Cor. 13,8)... La despărțirea de ucenici, Mântuitorul a spus: „Duhul adevărului pe Care lumea nu poate să-L primească, pentru că nu-L vede și nu-L cunoaște, voi îl cunoașteți, că rămâne la voi și în voi va fi!” (Ioan, 14,17)...Principiul cardinal al egalității are forța originară în dreptatea față de aproapele nostru, fără nici o deosebire, toți oamenii fiind creați după chipul lui Dumnezeu. În acest sens cuvintele Sfântului Apostol Pavel: „Nu mai este iudeu nici elin; numai este nici rob nici liber; nu mi este parte bărbătească și femeiască, pentru că voi toți una sunteți în Iisus Hristos” (Gal. 2,28)...în Vechiul Testament se consemnează despre dreptatea divină: „Iar Domnul rămâne în veac; gătit-a Scaunul Lui de judecată și El va judeca lumea; cu dreptate va judeca popoarele” (Ps. 9,7-8). Pildele lui Solomon conțin o bogăție de sensuri referitoare la adevăr și dreptate: „Mila și adevărul să nu te părăsească” (Pilde 3.3.); „Niciodată cel drept nu se va clătina, iar cei nelegiuți nu vor locui pământul” (Pilde 10,30); „Binecuvântarea Domnului vine pe capul celui drept iar ocara acoperă fața celor fără de lege” (Pilde 10.6); „Prin binecuvântarea oamenilor drepti cetatea merge înainte, iar prin gura celor nelegiuți ajunge o ruină”; „Rodul dreptății este un om al vieții, iar silnicia nimicește viața”; ș.a...sunt doar câteva formulări biblice cu reverberații juridice, din bogăția incomensurabilă a sensurilor Bibliei²⁰.*

III. Câteva provocări contemporane adresate dreptului

Cunoașterea dreptului în lumea economică, printre lucruri și noile tehnologii, reprezintă o mare provocare. În acest sens reținem câteva analize exemplare. Astfel, în concepția lui Alain Supiot²¹, dreptul și justiția nu trebuie să permită reificarea ființei umane, ca subiect de cont, animal sau himeră. Lex-imperativ care cuprinde și obiectivitatea legilor naturii. Dreptul obiectiv și dreptul subiectiv sunt două fațete ale aceleași medalii. Drepturile individuale sunt totuși drepturi minore în raport cu un drept major – cadru comun și recunoscut de toți – în acest cadru figura de referință ar fi omul în societate – identitatea și sensul omului într-o societate dată. Altfel drepturile omului exacerbate ar fi un război paradoxal – al indivizilor contra societății – care le-a dat naștere și le permite la modul inerent – existența individuală.

¹⁹ Collins, R.F. *Ten Commandments in D:N.Freedman (Ed.)The Anchor Yale bible Dictionary (Vol.6, p. 386)(New York, Doubleday, 1992).*

²⁰ Fouilloux, D. *Cultural Dictionary oh the Bible*, A. Vancu-trans. (Bucharest, Nemira, 2006); Safta-Romano, E. *Arhetipuri juridice în biblie (Legal Archetypes in the Bible)* (Iași, Polirom,1997).

²¹ Supiot, A., *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2005.

Întreaga umanitate ar putea fi privită prin intermediul analizei economice ca o colecție de indivizi dispunând de aceleași drepturi care intră în competiție sub protecția unei legi unice – legea pieței, presupus universală- adică legea luptei contra tuturor.

Lupta împotriva tuturor nu este esența vieții, iar teoria politică nu este pur și simplu o teorie a puterii ci o teorie a puterii legitime.

Critica paradigmei economismului – lupta împotriva tuturor, motor al istoriei – sub forma competiției democratice generalizată în toate domeniile, are un rol fundamental.

Dreptul are funcția dogmatică de logică a interpușerii în instituția rațiunii și de interdicere, un Terț între om și reprezentările sale – materiale și spirituale. Dreptul este o tehnică, dar unică – de umanizare a tehnicii. Protejează omul de fanteziile sale de autoputere și crimă.

Legea ca sistem de reguli cu vocație universală este cantonată astăzi în centrul a 2 paradigme – structura și piața.

Sunt considerate 3 axiome ale analizei economice (Becker): 1.Principiul maximizării.

2. Autoreglarea pieței. 3. Stabilitatea preferințelor umane. Rezultă – că, orice comportament uman- implică agenți care își maximizează utilitatea, faptul că paradigma pieței este căutarea interesului, prost sau bine înțeles, de către agenți.

Vulgaritatea grilei economice este dată de înțelegerea omul ca un cost care trebuie redus sau un capital uman – a cărei exploatare – se supune unor legi manageriale. Omul este doar marfă. Știința economică a câștigat poziția magistrală de discurs fondator al ordinii universale, lăsând-i dreptului doar drepturile omului.

Sensul obiectului tehnic provine de la om, care fabrică și folosește unealta. Există riscul de a considera ființa umană drept un lucru supus imperiului tehnicii.

Esența vieții umane nu este lupta tuturor contra tuturor și teoria politică nu poate fi o teorie a puterii ci o teorie a autorității legitime. Există astăzi tentația astăzi de a face din state instrumente docile ale economiei. Globalizarea și localizarea sunt cele 2 fețe inseparabile ale strategiei economice mondiale iar dreptul internațional al concurenței este prezumat ca interesul comun al diferitelor națiuni se impune statelor – și devine un drept constituțional planetar, iar instituțiile comerciale internaționale au rolul pentru state de Terț care garantează schimburile. Dar dreptul concurenței nu este suficient în fondarea ordinii juridice pentru că nu cunoaște decât circulația oamenilor și ignoră soarta oamenilor. Statul nu mai este un terț ci o parte a dialogului social și când este slab devine figurant sau prădător. Trebuie să existe instituții care permit omului să dea un sens existenței sale. Această identitate nu mai este garantată de stat. Oamenii fac eforturi identitare să o garanteze pe o altă referință – religioasă, etnică, regională. Apar noi revendicări și conflicte²². Reflecția asupra valorilor comune ale umanității, drepturile omului trebuie să evite fundamentalismele, cu cele 3 fațete:

1. Mesianismul – a impune lumii întregi o interpretare literală. Un Decalog relevat de țările dezvoltate celor slab dezvoltate – care nu au altă alegere decât a se converti la ele și la economia de piață. O interpretare literală a egalității și libertății care poate atinge cote nebunești. Egalitatea juridică exclude substituirea. Oamenii nu sunt bunuri de gen. Superioritatea ține de o formă de comunitate, ca de exemplu, în cazul occidentul, omul alb, intelectualitatea etc. Apartenența la o comunitate este considerată ultimul fundament al identității.

2. Scientismul interpretează drepturile omului ca supuse adevăratelor legi ale comportamentului uman relevante de o știință fetișizată, precum biologia și economia.

3. Economismul în viziunea darwinistă asupra societății, drepturile economice (supralicite) și sociale nu pot fi constrânse și conduc la război al tuturor împotriva tuturor, iar calculul utilității

²² *Ibid*, pp. 279-223.

economice este întotdeauna fundamentul. Se impune a se articula principiile economiei de piață cu valorile diferitelor civilizații. Egalitate nu înseamnă a priva pe cei slabi de protecție.

Umanitatea trebuie să se înțeleagă asupra unor valori care o unesc ceea ce o muncă de interogație a omului asupra sine însuși. Drepturile omului trebuie să permită o religie a umanității, abordarea diferită a valorilor într-o lume globalizată. Pentru a ieși din dilema absolutismului, trebuie să avem în vedere relativismul valorilor, o hermeneutică deschisă tuturor civilizațiilor, o resursă comună a umanității.

J. Ellul analizează unele evoluții conceptuale și surprinde mutațiile din lumea tehnicii, de la unealtă tehnică, sistem tehnologic integrator și climat tehnologic omniprezent și supraordonator²³. Sistemul tehnologic actual nu se reduce la un angrenaj structurat exclusiv prin factori tehnologici, ci presupune un mediu care integrează diferite proceduri, regulamente, directive, secvențe organizatorice structurate prin exersarea unei raționalități operatorii, având ca motivație determinantă eficiența. Viața este substituită printr-un mod de a fi învăluit de teroarea eficienței. *A fi înseamnă a face ceva eficient*. Lumea omului este surclasată, nivelată și subordonată.

Transformarea tehnologiei într-un mediu are consecințe asupra vieții omului și a societății. Mediul tehnologic fragmentează și dezintegrează mediile naturale și culturale. Reducerea simplificatoare a omului la un simplu operator de algoritmi de secvențe logice produce o alienare. Într-un asemenea mediu, spontaneitatea și creativitatea sunt diluate. Fără tehnologie se creează impresia unui handicap major. Încercarea de a transforma societatea într-o megamașină prin dezvoltarea și rafinarea sistemului tehnologic reprezintă un demers utopic. Utopiile din trecut, punând accentul pe o organizare ideală a societății, au generat multiple ideologii cu caracter totalitar, întrucât nevoia de a organiza cele mai mici detalii ale existenței ține de dorința de a deține controlul²⁴. Nucleul de referință rămâne cel valoric, Kant remarcă faptul că moralitatea distinge între civilizație și cultură (I. Kant). Iar valorile morale sunt marcate de tot spectrul valorilor umane.

Concluzii

Triada perenitate, diversitate, schimbare, cu privire la drept, nu poate rămâne cantonată în abstract. Testul ei cardinal este dat de modul în care, participă la rezolvarea problemelor globale dar și a celor concrete, cum, în diferite contexte, soluționează problemele oamenilor – *hic et nunc*! Pluralismul ideilor nu înseamnă abandonarea instrumental a dreptului într-o zonă fără legitimare, nebuloasă și patologică. Refuzul unui proiect general uman conceput mecanicist, linear, legitimat de pildă prin contribuțiile postmoderniste, nu înseamnă obligativitatea absenței oricărui proiect general uman. Un asemenea proiect contemporan dinamic, flexibil, configurat și reconfigurat relativ, dar nu mai puțin precis și operațional, este de dorit. El ar trebui să includă, în mod imperativ, ceea ce contează pentru umanitate, să respecte condiția negativă a neafectării vieții generațiilor de azi și de mâine, să ofere soluții pentru rezolvarea problemelor globale. Iar în acest proiect, dreptul și știința dreptului sunt implicate în cel mai înalt grad.

²³ Ellul, J. *The Technological System*, (Paris, Wipf and Stock Publishers, 2018).

²⁴ Fogg, B.J. *Persuasive Technology. Using Computers to Change what we think and Do*, (Amsterdam, Elsevier Science & Technology, 2002).

Dreptul ca valoare și valoarea dreptului

[The Law as Value and The Value of The Law]

Prof. univ. dr. Emilian CIONGARU*

Abstract: *From the perspective of global evolution, law must be and is analyzed as a coherent and articulated system that has specific rules from several points of view, such as: from the point of view of historical considerations; studied as a phenomenon that preserves certain traditions and characteristics acquired over time, but which have maintained a permanent and continuous dynamic; studied from the point of view of the structure of the legal system; studied as a phenomenon that is formed by well-defined elements that are found in a state of deep and well-defined interference. In the analysis as a value, the true right is nothing but that right which aims to contribute decisively to the initiation and realization of a democratic society formed by people with free will, manifested as the will to stay, therefore which contributes to the creation of principles and values fundamentals of fulfilling the social ideal as the defining foundation of the state. Also, the law exclusively establishes very well-defined social norms, and as a value of positive law, it aims to formulate imperative values, but both social norms and imperative values aim to achieve an absolute value of the legal system.*

Keywords: *Positive Law; The Science of Law; Right as Value; The Value of The Right; Legal Philosophy*

1. Valoarea și dreptul

Dreptul ca știință și ca valoare reprezintă arta rațiunii¹, fapt care îi dă omului în mod indirect o mare putere de stăpânire de sine și din acea cauză, numai ideea de dreptate precum și conștientizarea ei în mintea tuturor oamenilor nu sunt suficiente pentru a regla conviețuirea într-o societate democratică, fiind necesară o valoare în drept care să aibe ca scop reglementare cursului lucrurilor în acea societate. În acest sens este nevoie de acel rolul practic al dreptului², și anume, într-un sens de a conferi o anumită siguranță acțiunilor oamenilor și de a cunoaște efectele juridice ale acestor acțiuni și în alt sens de a ne proteja drepturile lor.

Fiecare om luat ca individ deține o anumită personalitate și își definește propria conduită personală fapt care îi conferă și o anumită libertate individuală, dar în același timp el trebuie să conștientizeze consecințele tuturor acțiunilor sale. Astfel dreptul aduce o completare referitor la cunoașterea drepturilor, îndatoririlor și obligațiilor fiecăruia după care omul trebuie să își organizeze propria viață socială.

În principiile fundamentale ale drept sunt ocrotite și promovate o seamă de valori cum ar fi: patria, viața, libertatea, sănătatea, proprietatea, munca, integritatea corporală, demnitatea, onoarea, relațiile de familie, relațiile în societate etc.

Ce este și cum poate fi definită valoarea?

Valoarea se poate defini ca fiind o relație socială prin care se exprimă prețuirea care se acordă unor fapte – naturale, sociale, psihologice sau unor obiecte, în temeiul existenței unei corespondențe a caracteristicilor lor cu trebuințele și nevoile sociale specifice unei comunități umane și implicit cu idealurile acesteia.

* Universitatea „Titu Maiorescu”, București; emilian.ciongaru@yahoo.com.

¹ Humă I., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Fundației Academice Danubius, Galați, 2000, p. 32.

² Schröder R., *Rechtsgeschichte (Istoria dreptului)*, ediție revizuită, Juristische Lehrgänge Alpmann und Schmidt Verlagsges. GmbH&CO. KG, Münster, 1992, pp. 28-29.

Cu toate că valoarea este constituită din raportarea obiectelor nevoile și trebuințele sociale, determinate din punct de vedere istoric de practică, s-a atribuit denumirea de *valoare* chiar și lucrurilor, ideilor, faptelor sau acțiunilor cărora anumite comunități umane le acordă prețuire și către care ele și aspiră sau le au ca model.

Valoarea mai poate reprezenta și întruchiparea unor anumite scopuri, idei, proiecte, dorințe cu alte cuvinte reprezintă obiectivarea esenței umane din și în produse ale activității creatoare specifice fiecărui tip și tipologie de atitudine umană.

2. Axiologia – noțiuni generale

Disciplina științifică care se ocupă cu studiul valorilor se numește *axiologie*³, face parte din filosofie și se aplică în toate specializările umane care sunt orientate spre producerea de valori și bunuri dar și spre activități de educare, de cultura și de selecție a persoanelor. Axiologia ca și termen provine din limba greacă *axios* – valoare, a aprecia, a prețui, a selecta; *axia* – valoarea, deci știință a studiului *valorilor* (*axios* = valoare; *logos* = teorie), adică *teoria generală a valorilor*. Ca și parte componentă a filosofiei, *axiologia*⁴ are ca obiect studiul valorilor dintr-o perspectivă generală și multilaterală, astfel făcând o analiză cât mai specializată a ceea ce au ele în comun – originea, natura, geneza și funcțiile acestora – dincolo de caracteristicile specifice fiecăreia și al domeniul căruia îi aparține.

Datorită faptului că există și o diversitate de alte științe sociale care studiază numai anumite tipuri de valori cum sunt: economia politică – care studiază valorile economice, estetica – care studiază valorile artistice, etica – care studiază valorile morale, știința dreptului – care studiază valorile juridice etc., astfel, dobândind contur o serie de alte „axiologii de ramură”, ca de exemplu: *axiologia morală*, *axiologia juridică*, *axiologia socială* etc.

Filosofia dreptului nu s-ar putea finaliza dacă domeniul preocupărilor ei s-ar reduce numai la domeniile gnoseologic și ontologic⁵ și dimpotrivă cu aceeași necesitate ea trebuie să investigheze și lumea care a fost creată de om și anume, *lumea valorilor juridice*.

În acest sens, specializarea și tematica principală a *axiologiei juridice* sunt formate din problemele abordării, înțelegerii și tratării *dreptului ca valoare* – ca scop, obligativitate, cerință imperativă, conduită juridică etc. – precum și evaluările, raționamentele valorice respective despre importanța juridică, adică sensul valoric – din punctul de vedere al științei dreptului, a legilor în vigoare care formează dreptul pozitiv și implicit a statului.

Astfel finalitatea dreptului ca obligativitate în raport cu dreptul pozitiv, statul și comportamentul subiecților de drept poate fi formulat ca și imperativ juridico-valoric în sensul că *legea în vigoare – dreptul pozitiv, statul și comportamentul subiecților de drept trebuie să aibă un caracter juridic*⁶.

Referitor la acest aspect axiologic legătura dintre *obligativitate* și *realitate* exprimă mai clar ideea unei necesități a desăvârșirii permanente a formelor pe care la ia dreptul pozitiv, statul și conduita oamenilor, constituite în mod empiric și care, ca fenomene normale ale realității, care se dezvoltă istoricește, împărtășesc din realizările și neajunsurile ei și sunt aproape întotdeauna destul de departe de o stare ideală.

³ Cucuș C. *Pedagogie și axiologie*, Ed. Didactică și Pedagogică, București, 1995, p. 160.

⁴ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, ed. a 4-a, Ed. C.H. Beck, București, 2012, p. 31.

⁵ Eliade M., *Istoria credințelor și ideilor religioase*, vol. I, Ed. Universitas, Chișinău, 1992, p. 8.

⁶ Mihai Gh., Motica R., *Fundamentele dreptului: teoria și filosofia dreptului*, Ed. All Beck, București, 1997, p. 155.

Ba chiar mai mult, procesul de evoluție istorică se înnoiește, se îmbogățește și se concretizează chiar sensul obligativității juridice, precum și întregul complex de scopuri juridice, valori și cerințe, cărora este necesar să le corespundă legile existente, statul și comportamentul oamenilor.

Pe aceste argumente se poate spune că *valorile juridice* pot constitui oricând obiectul unei științe a dreptului, a unei sociologii juridice aplicate precum și a unei filosofii specializate a dreptului.

3. Dreptul ca valoare

Dreptul ca știință are ca obiect studiul valorilor juridice exclusiv din punct de vedere al formei și constituirii acestor valori. Ca știință filosofia dreptului⁷ are ca obiect studiarea nașterii, evoluției și justificării valorilor juridice; iar sociologia se ocupă cu aplicarea și adaptarea lor la ansamblul vieții sociale. Dreptul reprezintă o totalitate de rigori, reguli, norme, care sunt create de acea voință organizată a unei personalități sociale, a statului ca instituție politică fundamentală.

Dreptul trebuie studiat tot mai mult dintr-o perspectivă globală⁸, ca un sistem foarte articulat, cu reguli specifice; dintr-o perspectivă istoricește determinată, ca fenomen care-și păstrează anumite permanențe și tradiții de-a lungul timpului, dar care sunt într-o transformare permanentă; dintr-o perspectivă structurală, ca un fenomen care este format dintr-o serie de elemente și secvențe destul de bine determinate și care se găsesc la rândul lor în stare de interferență continuă⁹.

Însăși definiția dreptului este dată în sensul de totalitate a normelor juridice elaborate sau recunoscute de puterea de stat, care au ca scop organizarea și disciplinarea conduitei cetățenilor în cadrul celor mai importante relații din societate, conform *valorilor sociale* ale societății respective, stabilind drepturi și obligații juridice a căror respectare este asigurată, la nevoie, de forța coercitivă a statului.

În istorie a fost abordată și teoria dualismului juridic, care deosebește valoarea juridică de realitatea juridică. Dreptul adevărat nu reprezintă altceva decât dreptul care contribuie la realizarea unei societăți a oamenilor cu voința liberă manifestată ca voință de stat, deci la realizarea idealului social general. Dreptul stabilește și gestionează numai norme, iar ca atribuții de drept pozitiv poate formula imperative dar atât norma juridică cât și imperativul ajută și servesc la realizarea valorii absolute a dreptului, valoare absolută care este stabilită de filosofia juridică, iar realizarea valorii absolute e obiectul dreptului pozitiv.

În accepțiunea de *drept pozitiv*, conceptul de drept se definește ca fiind totalitatea normelor juridice în vigoare la un moment dat, într-o societate dată. *Dreptul pozitiv* este în concret acel dreptul care se aplică¹⁰ imediat și continuu, fiind obligatoriu și susceptibil de a fi adus la îndeplinire, atunci când este nesocotit, prin forța de constrângere a statului.

Procesul de cunoaștere dar și de valorificare a valorilor juridice constă în găsirea culturii juridice ca și măsură a valorii juridice, în vederea stabilirii valorii dreptului pozitiv a ansamblului legilor care vor să concretizeze valorile de drept în realitate.

Valorile juridice nu au sens a existenței lor numai în societatea de referință deoarece fundamentul lor este ideea de comunitate de viață socială în comunitate. Ideea de just, sau de injust, trebuința de o normă juridică a luat naștere odată cu societatea fapt care duce la identificarea valorilor juridice ca valori sociale.

⁷ Andrei P. *Filosofia valorii*, Ed. Polirom, Iași, 1997, p. 240.

⁸ Micu G., *The conflict of international rules devices*, in Journal of Law and Administrative Sciences No.18/2022, Edited through the Publishing House Petroleum and Gas University of Ploiesti, Ploiești, 2022, pp. 25-26.

⁹ Popa N., *Teoria generală a dreptului*, ed. 3, Ed. C.H. Beck, București 2008, p. 4.

¹⁰ Craiovan I., *Finalitățile dreptului*, Ed. Continent XXI, București, 1995, pp. 236-238.

Valorile juridice reprezintă manifestarea de voință a legiuitorului.

Valorile juridice se întemeiază pe puteri specifice, puteri care, dacă scapă de sun control și tind să-și depășească propriul domeniu axiologic, pot deveni tiranice.

Din realitățile vieții sociale¹¹ se poate observa că ideea de valoare nu se aplica acelor care nu respectă legea, deoarece aceștia dezavuează și nesocotesc chiar valorile de bază ale societății. Individul care înfăptuiește o ilegalitate acționează în mod cert disprețuind valorile care sunt cuprinse în regula de drept, dar non-valoarea nu poate fi și nici nu este egală cu non-existența din natura, ci este un concept față de care se raportează valoarea ca atare, astfel încât în situația în care individul alege o ilegalitate, prin această alegere el manifestă alegerea unui model propriu prin care vrea să ierarhizeze alegerile sale și nimic mai mult.

În acest context acel rol al judecătorului nu constă în a iniția o serie mecanisme rigide de juxtapunere a normelor juridice pe fapte, ci numai de a valorifica particularitățile speței deduse judecării, astfel încât hotărârea pe care o va pronunța, în raport cu particularitățile date dar și de ideea de dreptate care-l trebuie să-l orienteze, să fie recunoscută și respectată ca veritabil deținător de adevăr juridic. Norma juridică are ca nucleu conceptual valoarea în ansamblul ei, în timp ce, criteriul după care se judecă o faptă drept dreaptă sau nedreaptă este clasificată ca fiind conformitatea cu un comandament, o dispoziție, o poruncă, o lege, care permite sau oprește sau dispune abținerea de la săvârșirea unei acțiuni¹².

4. Valorile Dreptului

Ca fundament al dreptului normele juridice au ca scop stabilirea și clarificarea, pe calea unor noțiuni abstracte, o serie de problemele fundamentale ale existenței umane precum și ale raporturilor dintre indivizi. La rândul lor toate relațiile interumane vizează anumite valori morale, materiale sau spirituale. Adoptarea normelor juridice ale sistemului de drept are ca scop ocrotirea anumitor valori pe care sistemul social-economic respectiv le respectă și le promovează.

Normele juridice, componente ale dreptului¹³, dispunând de caracterul lor de reguli generale, impersonale și obligatorii, orientează comportamentul uman și se doresc a fi o prezență definitorie a vieții sociale, generale și individuale, fiind solicitate și impuse de cerințe obiective, de apariția nevoii de sens, de scop, de eficacitate și eficiență acțiunilor umane.

Norma juridică oferă o conduită¹⁴, dă o directivă, indică o limită, poate concilia, oferă criterii și specificități, indică un scenariu sau o acțiune de urmat, poate cristaliza și dezvolta o experiență socială.

În totalitatea și unitatea trăsăturilor normei juridice¹⁵ aceasta dobândește o serie de caracteristici definitorii cum ar fi: violabilitatea, tipicitatea, impersonalitatea și generalitatea, caracterul imperativi, vizează existența unui raport intersubiectiv, se află în relații destul de complexe cu valoarea în sensul că, chiar procesul de elaborare și constituire a normei juridice implică existența unei dimensiuni valorice inerente, pentru că acesta se raportează la totalitatea posibilităților și al virtualității, din care se poate reține în mod selectiv ceva din domeniul posibilității, voința putându-se raporta la ceea ce nu există încă, către un ideal spre care trebuie să tindă orice realitate.

¹¹ Niemesch M., *Teoria generală a dreptului*, ed. a 3-a, revizuită și adăugită, Ed. Hamangiu, București, 2019, pp. 196-197.

¹² Dogaru I., Dănișor D.C., Dănișor, Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Științifică, București, 1999, p. 346.

¹³ Popescu, S., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2002, p. 253.

¹⁴ Hegel G.W.F., *Principiile filosofiei dreptului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 207.

¹⁵ Popescu, S., *op. cit.*, p. 348.

Numai în acest mod selecția împrejurărilor evocate de ipoteza normei juridice poate avea un temei valoric, nefiind numai simplă prezentare ale unor elemente de natură factuală, dispoziția se dă doare în numele existenței unor valori, care au menirea să o legitimeze, iar sancțiunea este și ea strâns legată de rațiuni axiologice ca finalitate a aplicării normei juridice de către stat.

În antichitate¹⁶, normele juridice erau văzute ca porunci date de șeful unui trib, care era respectat drept trimis al divinității pe pământ. iar normele nu erau decât porunci ale divinității, ce trebuiau impuse oamenilor dar pentru timpurile moderne normele juridice nu mai sunt nici porunci divine și nici rezultate ale unui mistic suflet al poporului, ci sunt imperative, care exprima voința comunității sociale impusă ca voință de stat¹⁷.

Dreptul, luat ca fapt social¹⁸, nu preia și nu poate prelua într-un mod automat faptele, semnificația fiind alocată exclusiv prin referința la valori sociale deoarece numai examenul valoric poate să preîntâmpine și să atenueze eventualele consecințe ale unor situații, în care normativitatea juridică nu poate aprecia și nici nu apreciază faptele sociale la adevărata lor valoare, deci în ce măsură acestea corespund nevoilor, intereselor și aspirațiilor oamenilor dintr-o anumită perioadă istorică.

În acest fel, știința dreptului poate atribui unor fapte sociale o anume semnificație și de cele mai multe ori unele consecințe juridice, favorabile sau nefavorabile, în afara echilibrului pe care acestea le pot suporta dar este de precizat că sistemul dreptul care nu mai are contactul cu realitatea, nu va putea să o supună și drept urmare, revolta unor fapte împotriva dreptului poate zgudui din când în când și poate chiar răsturna cu sau fără violență, instituțiile care nu se pot adapta noilor situații ale unei societăți încadrate în sistemul de drept globalizat și adaptate acestuia.

5. Concluzii

Așadar se poate concluziona că dreptul ca valoare, reprezintă legătura indisolubilă cu valorile supreme ale societății umane iar cercetarea, evaluarea și cunoașterea dreptului se poate studia din trei perspective: ca știință a valorilor, ca știință a normelor și ca știință a realității ceea ce subliniază caracterul complex al conceperii dreptului. De asemenea, se poate emite și opinia că dreptul și valorile sociale dobândesc recunoașterea de a fi pregătite să îndeplinească necesități și utilități doar în cadrul relațiilor sociale și doare în acest context se pot delimita valorile sociale care reprezintă o importanță deosebită pentru un anume grup social și a căror ocrotire trebuie asigurată prin existența formelor imperative de constrângere, de valorile sociale care reprezintă o mult mai redusă importanță, sau de valorile sociale care prezintă un interes strict individual. Dreptul și valoarea juridică reprezintă, prin urmare, nu neapărat o calitate intrinsecă a unui anume bun sau a unor interese ci chiar o evaluare din exterior a acestora, fiind expresia prețuirii pe care dreptul o acordă, bunului, interesului în raport cu trebuințele și necesitățile interesului general al societății.

¹⁶ Drăghici C., *Unele considerații privind influența dreptului roman asupra formei actului juridic din dreptul civil roman*, publicat în Revista Antemeridian/Postmeridian, Universitatea Constantin Brâncuși, Tg-Jiu, Ed. Academica Brâncuși, 2021, An 7, Nr. 18, Serie nouă, Tg.Jiu, 2021, pp. 31-35.

¹⁷ Micu G., *Ordinea juridică instituțională comunitară*, Ed. Paideia, București, 2007, p. 15.

¹⁸ Niemesch M., *op. cit.*, p. 68.

Reflectarea școlilor dreptului în gândirea juridică românească: Școala dreptului natural și școala istorică a dreptului

[Reflecting the Schools and Currents of Law in Romanian Legal Thought: The School of Natural Law and the Historical School of Law]

Conf. univ. dr. Viorel MIULESCU*

Abstract: *The concepts employed in the description of the juridical reality have not always been the same, throughout the history of jurisprudence: different juridical concepts have been employed during different periods or the same concepts have been employed but their interpretations have differed from one period to another. The research devoted to the way in which the law schools were reflected in the Romanian juridical thinking – our focus being the first half of the XXth century up to the end of World War II – has represented an overdue restitution after 1990.*

Keywords: *Law; Natural Law; Historical School; Knowledge; Research*

Cu toate că unele școli și curente de gândire juridică își au originea încă din Antichitate sau Evul Mediu, ele sunt consecința preocupărilor moderne de abordare științifică a societății și a socialului, paralel (sau după modelul) științelor naturii. Astfel că, deși unele școli, precum, școala dreptului natural, își au germeii în filosofia antică greacă (Heraclit, Sofocle, Aristotel) și romană (Cicero), precum și în cea medievală (Augustin, Toma d'Aquino)¹ numai odată cu perioada modernă și contemporană, când preocuparea pentru științele sociale devine o prioritate pentru cunoaștere, putem vorbi de încadrarea unor idei sau teorii în spațiul mai larg al unor școli și curente, chiar în sensul actual de „paradigmă”. De altfel, practic există o unitate de abordare a acestei problematice, fixând începuturile și evoluția acestor școli juridice de gândire în perioada modernă și contemporană².

Conceptele cu ajutorul cărora este descrisă realitatea juridică nu au fost întotdeauna aceleași, pe parcursul întregii istorii a științei dreptului: fie au fost utilizate în perioade diferite, concepte juridice diferite, fie au fost utilizate mereu aceleași concepte, dar cu o semnificație diferită de la o perioadă la alta.

Cercetarea consacrată modului în care s-au reflectat școlile dreptului în gândirea juridică românească – și o avem în vedere pe cea din prima jumătate a secolului al XX-lea, practic până la sfârșitul celui de-al doilea război mondial – a reprezentat după 1990 o restituire datorată³.

Mai întâi pentru că era un act de dreptate față de cei care s-au străduit să cunoască în profunzime și, în același timp, să facă și la noi cunoscute marile curente ale filosofiei dreptului și

* Facultatea de Științe Juridice și Științe Administrative, Universitatea „Spiru Haret”, București; Membru al Asociației Române de Filosofia Dreptului; viorelmiulescu@yahoo.com.

¹ Ion Craiovan, *Filosofia dreptului și dreptul ca filosofie*, Ed. Universul Juridic, București, 2010, pp. 238-239.

² Nicolae Popa, Ion Dogaru, Gheorghe Dănișor, Dan Claudiu Dănișor, *Filosofia dreptului. Marele curente*, Ed. All Beck, București, 2005, pp. 97-113, 152-178, 203-218, 357-382, Ștefan Georgescu, *Filosofia dreptului. O istorie a ideilor în ultimii 2500 de ani*, Ed. All Beck, București, 2001, pp. 60-138.

³ Sofia Popescu, *Reflectarea școlilor dreptului în gândirea juridică românească, o restituire datorată*, în „*Studii de Drept Românesc*”, an 7(40), nr. 4, p. 301-305, București, octombrie-decembrie 1995, pp. 301-305.

ale căror contribuții, de cele mai multe ori remarcabile, au fost date uitării, deformate, trunchiate sau scoase din circuitul științific în perioada 1945-1990.

Apoi, pentru că reînnoirea în domeniul dreptului implică o valorificare autentică a ceea ce a fost mai de preț și mai înaintat în istoria gândirii juridice românești.

În sfârșit, este datorată, în continuare, și pentru reintegrarea, fără complexe, a culturii juridice naționale în cultura juridică europeană, potrivit unui model care să respecte tradițiile naționale, particularitățile care diferențiază între ele culturile juridice din această zonă geografică. Cercetarea, fie ea și incompletă, incipientă, a reflectării școlilor dreptului în gândirea juridică românească a perioadei la care ne-am referit, atestă integrarea ei cu demnitate, în circuitul mondial, în special european, al valorilor științifice, capacitatea ei de recepționare și fructificare a influențelor benefice ale altor culturi juridice; maturitate în înțelegerea diferitelor școli ale dreptului, spirit critic, libertate în alegerea criteriilor de apreciere, creativitate, discernământ științific în asimilarea ideilor, o serioasă pregătire intelectuală, ca premisă a unei mature deliberări și, de maximă semnificație pentru zilele noastre, pluralismul pozițiilor, originalitatea fiecăreia din diversele analize făcute chiar uneia și aceleiași școli.

1. Școala dreptului natural

Deosebit de reprezentativă apreciem a fi ampla cercetare dedicată de Alexandru Văllimărescu acestei școli și ale cărei rezultate s-au concretizat în lucrarea sa *Teoria dreptului natural în lumina istoriei și a doctrinelor filosofice*, apărută la București, în 1930, la Editura Al. Doicescu. Autorul lucrării și-a concentrat atenția asupra evoluției școlii, a fazelor ei de ascensiune, apogeu, criză și renaștere, și, în special, asupra individualismului ei funciar⁴.

„Dreptul natural – scrie el – este absolutismul ideilor față de absolutismul oamenilor și acelora care guvernează, care au rolul de a impune reguli de drept. Or, aceste reguli de drept nu trebuie să fie expresia forței celor care guvernează, ci trebuie să fie reflexul unor principii superioare care se impun chiar legiuitorului. Iată problema dreptului natural”.

Școala dreptului natural este caracterizată ca expresie a drepturilor individuale, a drepturilor omului pe care statul trebuie să le respecte și se ajunge la concluzia următoare: cu cât statul este mai absolutist și cu cât respectă mai puțin drepturile individuale, cu atât trăsătura individualistă a dreptului natural este mai pronunțată.

Alexandru Văllimărescu este foarte personal în înlăturarea obiecției ce se aduce, de obicei, dreptului natural și anume, imposibilitatea de a fi dovedită existența unui drept natural, permanent, universal, neschimbător. Ceea ce există într-adevăr, ca ceva permanent, universal, neschimbător, conform naturii omenești este – în opinia sa – nevoia permanentă a unui drept natural. „Nu putem afirma că ne naștem cu drepturi naturale, dar putem, sublinia el, afirma că ne naștem cu imperioasă necesitate a acestor drepturi”.

Examinarea comparativă a diferiților reprezentanți ai școlii dreptului natural este frecventă. De pildă, Hobbes este caracterizat, în opoziție cu Locke, drept adversar al dreptului natural și pozitivist, deoarece nu recunoaște alt drept, decât dreptul derivat din forță, deci dintr-un factor variabil și material. Sau, potrivit aprecierilor lui Al. Văllimărescu, comparativ cu Grotius, Locke a insistat mai mult asupra drepturilor omului, fiind cel mai aprig teoretician al individualismului. Și, contrar unor estimări, potrivit cărora Montesquieu s-ar îndepărta de tezele clasice ale dreptului natural, acesta – considera Văllimărescu – a jucat, în ciuda metodei sale pozitivistice, un rol

⁴ Alexandru Văllimărescu, *Teoria dreptului natural în lumina istoriei și a doctrinelor filosofice*, Ed. Al. Doicescu, București, 1930.

incontestabil, în edificarea teoriei clasice a dreptului natural, cu bază individualistă, elaborând cea mai completă teorie a drepturilor omului.

Reține atenția și paralela dintre Montesquieu și Rousseau. Cel din urmă se revoltă, ca și Montesquieu, împotriva absolutismului și pornește de la premisa existenței dreptului natural, inherent naturii umane, dar ajunge la concluzii contrare principiilor dreptului natural, adică la „sugrumarea” drepturilor individuale de către societate, la tirania voinței generale, adică absolutismul monarhic.

În cadrul analizei cauzelor crizei dreptului natural, analiză ce prezintă substanțiale elemente de creativitate, Văllimărescu dezvăluie substratul atacului pozitivismului împotriva școlii dreptului natural. În aprecierea sa, pozitivistii nu au urmărit să distrugă metoda metafizică, folosită de școala dreptului natural, ci conținutul acesteia, adică individualismul care o caracterizează, din moment ce nu a făcut altceva, decât să înlocuiască metafizica individualistă, cu o altă metafizică și anume „socialistă”, cum o denumea el, precizând că folosește cuvântul în sens științific și nu politic.

Ocupându-se de rolul covârșitor pe care l-a avut școala istorică a dreptului în provocarea crizei dreptului natural, impută școlii istorice că înlocuiește absolutul dreptului natural cu un alt absolut: conștiința colectivă din care izvorăște dreptul și care nu este ceva schimbător, ci fix, o noțiune vagă, abstractă.

Examinând, printre factorii care au determinat criza dreptului natural și utilitarismul, Alexandru Văllimărescu afirmă că, deși neagresiv, curentul menționat a reușit să nimicească complet iusnaturalismul, neglijând ideea de justiție, prezentând ca drept ceea ce legiuitorul consideră a asigura maximum de fericire pentru indivizi, despărțind dreptul de rațiune și făcându-l dependent de utilitate, ceea ce conduce inevitabil la absolutism. Atunci când analizează renașterea dreptului natural și factorii care au determinat-o, același autor atrage atenția că dreptul natural nu a reînviat sub forma lui extremistă, ci sub forma unui neoindividualism mai puțin pronunțat decât individualismul clasic, dar suficient totuși pentru a pune stavilă hipertrofiei socialului.

Și pentru a încheia cu contribuțiile esențiale ale lui Alexandru Văllimărescu, amintim interesul său pentru teoriile favorabile dreptului natural, contemporane lui.

Un alt jurist, care s-a ocupat de școala dreptului natural, este C.C. Damian, profesor la Facultatea de Drept din Cernăuți, care publică în 1937, la București, lucrarea *Sisteme de filosofie juridică*⁵. Regăsim și în lucrarea amintită o abordare comparativă și critică. De exemplu, se fac comparații între Grotius și Aristotel sau Hobbes și Hegel. Există o raportare critică la teoria lui Grotius privind contractul social, căreia îi reproșează de a nu fi precizat conținutul acestuia și inconsecvența de raționament. Pe de o parte, el susține că statul se creează pentru a garanta respectul dreptului natural, în favoarea tuturor dintr-o comunitate rațională și pașnică, pe de altă parte, pentru ca suveranitatea lui să nu fie folosită pentru folosul și mulțumirea arbitrară a unui om irevocabil substituit lui, concluzia la care ajunge Grotius fiind contrară premiselor de la care pornește. Se mai ridică și dramatica întrebare: „...admițând că legile ar putea fi votate de adunarea directă a poporului, în scopul de a obține voința generală – referirea este, desigur, la teoria contractualistă a lui Rousseau –, în majoritatea cazurilor, hotărârile acestei adunări nu pot fi luate în unanimitate, ci cu o majoritate”, dar, „care va fi în acest caz, garanția că legile majorității vor da minorității, minimum respectului libertății personale și civile, și majorității nu i se va acorda decât acest minimum și nu mai mult”?

⁵ C.C. Damian, *Sisteme de filosofie juridică*, București, 1937.

Recunoaște, totuși că deși teoria contractului social este criticabilă, deoarece pornește de la premise greșite și nu reușește să garanteze fiecăruia libertatea și egalitatea, din ea se degajă respectul libertății, egalității, rațiunii și suveranității poporului.

Spiritul critic este prezent și cu prilejul tratării de către C.C. Damian a pozitivismului științific, în calitate de sistem de filosofie juridică, opus școlii dreptului natural. Astfel, el respinge concepția lui Auguste Comte, pe care o califică drept „pozitivism social și autoritar”, în principal, pentru că neagă existența dreptului individual, privit ca entitate metafizică și admite numai existența unor simple îndatoriri reciproce.

Respingând tezele școlii dreptului natural, în forma sa clasică, Mircea Djuvara arată, în a sa lucrare *Teoria generală a dreptului (Enciclopedie juridică)*⁶ că nu există stare naturală în care, fericiți și idealizați, oamenii să fie identici. Nu a existat un contract social, în înțelesul școlii dreptului natural. El adăuga că nu poate să existe o legislație universală pentru toate timpurile și toate locurile. Nu poate să existe pentru că dreptul nu este un produs abstract al rațiunii noastre⁷.

Dacă față de datele sociale ale unei țări simțim nevoia de a face o lege, aceasta nu înseamnă că acea lege este bună, în altă vreme. De aceea, este greșită concluzia pe care o trage școala dreptului natural, afirmând că se pot constitui legi universale și necesare pentru orice împrejurări.

Totuși, având o orientare filosofică neokantiană, Mircea Djuvara acceptă ideea unui drept natural cu conținut variabil care coexistă cu dreptul rațional.

Mircea Djuvara se arată îngrijorat, pentru că pozitivismul lui Comte îl conduce la negarea existenței dreptului subiectiv, care stă la baza oricărei construcții juridice și, în cele din urmă, la o formă periculoasă, autocratică de drept. „Pentru concepțiunea juridică a lui Comte – scria Mircea Djuvara – ideea de drept se evaporă cu desăvârșire și este înlocuită cu ideea de datorie... Admițând că dreptul subiectiv nu este, cu adevărat, ceva concret care să se poată pipăi și care să se poată simți în experiența materială externă și dacă ideea de drept este o idee metafizică, atunci și ideea de datorie este un fel de idee metafizică”.

Pentru rațiuni asemănătoare, critică și teoria solidarității sociale – de asemenea pozitivistă – aparținând lui Léon Duguit, potrivit căreia acțiunea individuală, contrară solidarității sociale nu este recunoscută ca acțiune juridică și, astfel, nici un drept nu aparține în întregime individului, ajungându-se în situația ca toate drepturile pe care le avem să fie considerate funcții sociale.

2. Școala istorică a dreptului

Mircea Djuvara, în *Teoria generală a dreptului (Enciclopedie juridică)*⁸ a dat o înaltă apreciere școlii istorice a dreptului, considerând că își are germenele în filosofia hegeliană.

El arată că în știința juridică putem da, uneori, o explicație cauzală, ca, de exemplu, cea istorică, pentru a ne da seama, din punct de vedere social, cum a apărut și cum a evoluat o instituție juridică. În acest caz, suntem călăuziți de ideea de determinism. Dar o astfel de explicație este considerată de Djuvara ca ajutătoare. Insistă asupra ideii că „instituțiile juridice nu se pot explica decât în lumina istoriei”, că „este vagă pretențiunea legislatorilor de a crea. În realitate, ei nu fac altceva, decât să oglindească, de cele mai multe ori realitățile existente... Pretențiunea de a constitui un drept universal și necesar prin mijlocirea unui pur joc rațional este contrară faptelor”.

⁶ Mircea Djuvara, *Teoria generală a dreptului (Enciclopedie juridică)*, vol. III, București, Librăria Socec, 1930, p. 23-24, 30, 188-199, 202-206.

⁷ Apud Sofia Popescu, *Din nou despre reflectarea școlilor dreptului în gândirea juridică românească*, în *Studii de drept românesc*, nr. 4, anul 7(40), 1995.

⁸ Mircea Djuvara, *op. cit.*, p. 26, 28, 29. 30. 32, 35, 238.

Mircea Djuvara considera că marele merit al școlii istorice este faptul de a fi arătat ca dreptul este relativ: el nu poate exista decât pentru un popor dat și o epocă dată, dreptul variind în funcție de loc și timp, așa cum oamenii variază în loc și timp.

Dreptul nu poate fi decât un produs al nevoilor de fapt naționale. Poporul își creează, în ultimă analiză, dreptul său, pentru că dreptul este un produs al cooperării comune și, de aceea, el nu este posibil decât acolo unde există o comunitate de simțăminte, idei și tendințe. El are un caracter național și evoluează cu acest caracter, cu nevoile și mentalitatea poporului care l-a creat.

Mircea Djuvara evidențiază însă și unele limite ale școlii istorice a dreptului. Astfel, el îi reproșează că nu a explicat îndeajuns ce trebuie să se înțeleagă prin conștiință colectivă. Reproșul se bazează pe aprecierea că izvorul material al dreptului îl constituie conștiința juridică a societății date, atunci când este vorba despre legea scrisă, dar și când este vorba despre dreptul cutumiar.

Totodată, Mircea Djuvara critica școala istorică a dreptului pentru că s-a mărginit doar la o pură constatare a faptului social care, ca atare nu este încă un fenomen juridic, eliminând orice element logic de evaluare care este esențial pentru drept; că a înlăturat orice intervenție rațională în legătura dintre drept și starea de fapt, nereușind să ofere o explicație suficientă fundamentului dreptului, problemă pe lângă care a trecut, fără a o atinge.

Eugeniu Speranția. Se știe că Școlii istorice a dreptului i s-a reproșat că a opus elementul instinctiv, emoțional, mistic, rațiunii și că elemente ale „spiritului poporului” au fost preluate și speculate de doctrina național-socialistă, servind justificare a arbitrarului regimului nazist. Acestui reproș i s-a alăturat și Eugeniu Speranția⁹, care a criticat „teoriile mistice naționale” – astfel cum le caracteriza el – potrivit cărora sursa dreptului s-ar afla în „felul de a fi” al unei rase sau națiuni omogene.

Speranția avea în vedere teorii care, inspirându-se din tezele școlii istorice a dreptului, în anii de după primul război mondial, au pregătit, în Germania, terenul pentru viitoarele teorii fasciste despre drept.

⁹ Eugeniu Speranția, *Introducere în filosofia dreptului*, Tipografia „Cartea Românească”, Cluj, 1946, p. 341-345.

Importanța practică a interpretării corecte a legilor

[The practical importance of correct interpretation of laws]

Conf. univ. dr. Maria-Luiza HRESTIC*, Lector univ. dr. Ivan Vasile IVANOFF*

Abstract: *The importance of the correct interpretation of the laws involves correctly applying their letter and spirit, in the context of the practical relevance of the legal norm. The dissociation of interpretation methods and their unilateral application can lead to particularly serious practical consequences in the operation of public authorities empowered to carry out activities for the benefit of the citizen. Even if the competence of the correct application of the legal norms is the prerogative of the courts, they cannot deviate from the elementary rules of interpretation of normative acts, they cannot pronounce solutions that are impossible to apply in practice and that defy any elementary logic. Thus, through a Civil Judgment no. 694/14.04.2021 pronounced by the Vâlcea County Court, the Fiscal Litigation Section, there was a wrong application of articles 134, 137 and 141 of the Administrative Code, opening in the doctrine and in the daily practice of those who apply the Administrative Code, a real „Pandora's box”. Thus, the idea of the possibility of conducting and deliberating local/county council meetings in the „hybrid” version, both with the physical and online presence of local/county councilors, is accredited. The analysis made by us combats this dangerous precedent, bringing into discussion both solid arguments for the interpretation of legal norms, but also judicial practice for correcting such unfortunate solutions made by some administrative litigation courts.*

Keywords: *Jurisprudence; Interpretation of Laws; Dangerous Precedent; Misinterpretation of Legal Rules; Hybrid Meetings of Local Authorities*

1. Abordări doctrinare privind interpretarea legii

Așa cum se consemnează în literatura de specialitate: „*Interpretarea textelor este una dintre formele principale ale științei și culturii....Interpretarea juridică, în sensul ei propriu, constă în a determina sensul textului în vederea precizării însemnătății regulii, în contextul aplicării sale*”¹.

Se observă că, „chiar și în cele mai teoretice abordări doctrinare care pornesc de la etimologia interpretărilor, trecând prin istoricul și metodele de interpretare, abordând doctrine și curente de gândire diferite, de la țară la țară și care au influențat puternic acest domeniu, deosebit de important, nu se uită trimiterea la importanța practică a interpretării normelor legale, deoarece interpretarea legilor, parafrazând curentele critice ale analizelor literaturii române la sfârșitul secolului al XIX-lea, legiuitorul, și în final actul normativ adoptat au fost elaborate nu pentru a face „Artă pentru artă”, ci pentru a face „Artă cu tendință”. Scopul apariției normelor de drept este, așa cum se arată și în doctrina interbelică, acela de a reglementa primar un mănunchi de relații sociale, relații sociale aflate într-o dinamică permanentă, fapt ce obligă de altfel legiuitorul, să se adapteze permanent la această dinamică socială și de a legifera nici mai mult nici mai puțin decât atât cât trebuie, pentru ca astfel norma legală să fie de folos societății, respectiv cetățeanului.

Teoria generală a statului și dreptului a omologat un principiu peren de interpretare a actelor normative, acestea trebuind a fi aplicate în litera și spiritul acestora. Dacă litera legii este mai ușor

* Facultatea de Științe și Inginerie, Universitatea „Valahia” din Târgoviște; marrylou1981@yahoo.com

* Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Valahia” din Târgoviște; ivan_ivanoff2005@yahoo.com

¹ Hrestic M.-L., *Interpretarea în dreptul internațional*, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 12.

de aplicat, deoarece rezultă explicit din modul de formulare al textului legal și din exprimarea verbului care conduce și la calificarea normei legale ca fiind imperativă, onerativă, prohibitivă, facultativă sau permisivă, spiritul legii este mai dificil de decriptat, acesta rezultând din expunerea de motive a actului normativ respectiv sau din nota de fundamentare în cazul hotărârilor de guvern. Aceeași doctrină juridică mai precizează că cele două elemente de bază ale interpretării normelor legale, respectiv litera și spiritul acestora, trebuie avute în vedere cumulativ și convergent, neadmițându-se ca litera legii să exprime o conduită, iar spiritul acesteia o altă conduită, eventual chiar contrară literei legii. Așa ceva nu este posibil și nimeni nu face o astfel de interpretare sau de aplicare a legii. Este adevărat că, în conformitate cu doctrina aferentă domeniului interpretării legilor „*Interpretarea judiciară este cea făcută de către judecător în procesul de aplicare a legii unui caz concret; ea este întotdeauna o interpretare de caz, cel puțin în sistemele de drept romano-germane*”².

Pe de altă parte, într-o altă opinie, la care achiesăm și noi, se exprimă explicit faptul că: „*Normele juridice trebuie să fie întotdeauna astfel interpretate, încât efectul lor să fie asigurat. Este inadmisibilă interpretarea care ar anula efectul practic al normei*”³.

2. Jurisprudența relevantă privind interpretarea legilor

Cu toate acestea, relativ recent, printr-o hotărâre judecătorească, mai precis prin Sentința Civilă nr. 694/14.04.2021 pronunțată de Tribunalul Vâlcea⁴, Secția contencios fiscal s-a făcut o aplicare greșită a art. 134, 137 și 141 C. adm., deschizând în doctrină și în practica de zi cu zi a celor ce aplică Codul Administrativ, o adevărată „Cutie a Pandorei”.

Este adevărat că: „Prin interpretarea judecătorească înțelegem interpretarea dată normei juridice de către instanțele judecătorești. Acest gen de interpretare, numit și concretă sau judiciară este o interpretare de caz, făcută de instanța judecătorească, cu prilejul soluționării unui litigiu și are forță juridică (este obligatorie) numai pentru cazul judecat, îmbrăcând forma autorității de lucru judecat pentru participanții la această cauză”⁵.

În motivarea sentinței se reține că: „*în cazul în care autoritatea publică locală optează pentru desfășurarea ședințelor prin prezența fizică a consilierilor, legiuitorul a prevăzut și dreptul consilierului local de a alege dacă participă la ședință fizic sau prin mijloace electronice.*”

Pentru a vedea modul în care instanța de judecată a ajuns la o astfel de concluzie, inacceptabilă în opinia noastră, să vedem care este textul de lege care justifică această analiză pe care o facem și noi acum.

Ținând cont de dinamica socială și de schimbările sociale apărute ca urmare a situației pandemice mondiale care a afectat, din nefericire și țara noastră, legiuitorul s-a văzut nevoit să se adapteze la situația pandemică apărută, fapt pentru care a și adoptat O.U.G. nr. 61/2020. Dacă în multe alte studii am criticat apetitul Guvernelor postdecembriste de a reglementa primar o serie de relații sociale, care, de regulă se face prin legi ca emanație a Parlamentului, în această situație, urgența este motivată, fiind, de altfel printre puținele exemple pe care le putem da în această zonă de reglementare primară!

² A se vedea Dănișor D. C., Dogaru I., Dănișor Gh., *Teoria generală a dreptului*, Ed. C.H. Beck, București, 2006, p. 384.

³ A se vedea Popescu S., *Teoria generală a dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 294.

⁴ Sentință nepublicată în vreo lucrare științifică.

⁵ Vonica R.P., *Introducere generală în drept*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 450, *apud* Popescu S., Hrestic M.- L., Șerban A., Stancu R., Viziteu M., *Teoria generală a dreptului*, Curs Universitar, Ed. Pro Universitaria, București, 2016, p. 263.

Astfel, prin modificarea adusă art. 134 din O.U.G. nr. 57/2019 de adoptare a Codului administrativ, prin O.U.G. nr. 61/2020 legiuitorul, la momentul respectiv, datorită existenței pandemiei cu SarsCov2, așa cum am arătat, și a instituirii stării de alertă pe întreg teritoriul țării au fost nenumărate cazuri în care autoritățile publice locale și județene nu și-au mai putut desfășura activitatea, dat fiind faptul că nu mai reușeau să realizeze cvorumul legal de desfășurare a lucrărilor acestor autorități publice locale/județene. Afectarea sănătății populației a fost resimțită și la nivelul aleșilor locali care s-au aflat în multe situații de incapacitate temporară de muncă și atunci, pe cale de consecință, nici ședințele consiliilor locale/județene nu se mai puteau desfășura în format fizic, fapt ce a determinat Guvernul să adopte o Ordonanță de urgență, respectiv nr. 61/2020 de modificare a Codului administrativ, aducând în plan normativ reglementări permissive, care să permită întrunirea acestor foruri deliberative și în varianta on line, nu numai în varianta clasică a ședințelor în plen, cu participarea fizică a consilierilor locali/județeni. În acest sens, art. 134 alin. (5) privind modalitatea de desfășurare a ședințelor preciza: *„locul desfășurării, în cazul ședințelor desfășurate cu participare fizică a consilierilor locali, sau aplicațiile electronice folosite, în cazul ședințelor desfășurate prin mijloace electronice”*.

Iar în art. 137 alin. (1) teza a doua a fost modificată astfel: *„Se consideră prezenți la ședință și consilierii locali care participă prin utilizarea oricărui mijloc electronic”*.

În opinia noastră, instanța de judecată nu face, pe de o parte, o corelare între art. 134 și art. 137, iar pe de altă parte interpretează „ad litteram” doar textul art. 137, în contextul în care sensul acestuia este cu totul altul, în consens cu art. 134, dar și cu celelalte texte din lege.

Astfel, prin interpretarea „ad litteram” a art. 137, așa cum a fost el modificat prin O.U.G. nr. 61/2020, folosindu-se de conjuncția „și”, instanța apreciază că și consilierii care sunt absenți fizic de la ședință, dar prezenți on line, se consideră că întregesc cvorumul de ședință și că pot participa la vot utilizând „orice mijloc electronic”. Mai precis, instanța de judecată introduce în ecuația jurisprudențială și doctrinară o a treia cale de desfășurare a ședințelor consiliului local/județean, și anume varianta „hibridă” a desfășurării ședințelor de consiliu local/județean!

Instanța de judecată nu ține cont de existența art. 134 alin. (5) lit. a), care în modalitatea de desfășurare stipulează două variante posibile „cu participare fizică” sau „cu ajutorul aplicațiilor electronice”. După cum se vede, conjuncția „sau” prevalează conjuncției „și” din cel de-al doilea text. De ce prevalează? Simplu! Așa cum menționeam și la începutul analizei noastre, norma legală trebuie interpretată, pe de o parte, nu numai în litera dar și în spiritul ei, apoi, aceeași normă legală se interpretează corelând textele între ele, și în al treilea rând, trebuie astfel aplicate încât „efectul lor să fie asigurat”⁶.

Se cunoaște că, din diferite motive, absența consilierilor locali/județeni este motivată de diferite situații, cum ar fi:

- din cauza unor boli care necesită spitalizarea sau stării de sănătate pentru care s-a eliberat certificat de concediu medical/ca urmare a unei deplasări în străinătate; /în cazul unor evenimente de forță majoră etc.: (a se vedea situațiile stipulate în art. 137 alin. (2) din O.U.G. nr. 57/2019).

În situația stipulată de instanța de judecată a posibilității existenței „ședințelor hibride” (nu o spune expres, dar aceasta rezultă din motivarea acesteia!) s-ar crea o realitate himerică. Pe de o parte, consilierii prezenți la ședință atât în format fizic, cât și virtual ar beneficia de indemnizație de ședință. Dacă pentru cei prezenți fizic este legală și statutară acordarea indemnizației de ședință, acordarea indemnizației de ședință celui aflat on line, în deplasare în străinătate de exemplu, trimis în deplasare chiar de către autoritatea publică deliberativă respectivă, ar beneficia atât de indemnizație de ședință (fiind prezent on line), cât și de indemnizație de deplasare în străinătate.

⁶ A se vedea supra Popescu S.

Cele două variante se exclud! Nu pot fi în același timp și prezenți și absenți motivați, chiar dacă „prezența” ar fi virtuală! Pe de altă parte, inaplicarea variantei „hibride” rezultă și din faptul imposibilității asigurării votului secret. Acesta poate fi asigurat ușor pentru consilierii prezenți fizic, dar ar fi imposibil de asigurat pentru cei absenți fizic, dar „prezenți” on line!

Varianta anticipată doctrinar de către reputata prof. univ. dr. docent Honoris Causa Sofia Popescu are valoare de postulat în această situație, deoarece, dacă am aplica interpretarea dată de către instanța de judecată susmenționată: *„Ar fi inadmisibilă interpretarea care ar anula efectul practic al normei”*.

Situația anormală introdusă de către instanța de judecată a fost extinsă și asupra art. 141 din Codul Administrativ, în sensul că și în cazul funcționării comisiilor de specialitate ale consiliilor locale/județene se introduce aceeași logică „hibridă” a prezenței și a votului consilierilor locali/județeni, ca și în cazul desfășurării ședințelor și a deliberării consiliilor locale/județene!

Având în vedere faptul că, respectiva sentință civilă pronunțată de către o instanță de contencios administrativ are efect doar între respectivele părți aflate în proces, *„autoritatea de lucru judecat are în acest caz un efect relativ, inter partes”*⁷.

Nota bene este faptul că o astfel de sentință civilă a fost atacată cu recurs, iar Curtea de Apel Pitești, prin Decizia nr. 898/R-C, pronunțată în ședința publică din 04.10.2021 a reținut un aspect determinat și anume: *„Prin impunerea unor condiții suplimentare se adaugă la lege, operațiune care este nepermisă.”*

Totodată, instanța de recurs reține că: *„Rațiunea pentru care legiuitorul a dat dreptul de opțiune autorității publice locale de a stabili modalitatea de desfășurare a ședințelor de consiliu local, prin prezența fizică sau online a consilierilor locali este existența logisticii necesare la nivelul fiecărei instituții.”*

Motivarea și logica noastră privind interpretarea textelor legale, în corelare unele cu celelalte și în concordanță cu spiritul și efectul practic al aplicării normelor legale este întărită de motivarea instanței de recurs, care a mai reținut următoarele:

“În cuprinsul art. 134 din O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, cu modificările și completările ulterioare este reglementată procedura de convocare a ședințelor consiliului local.

Astfel, prin documentul de convocare prevăzut la alin. (5), lit. a1) și a2), legiuitorul a instituit dreptul autorităților administrației publice locale de a stabili, în funcție de realitățile economico-sociale de la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale, modalitatea concretă de desfășurare a ședințelor consiliului local, dar și locul desfășurării acestora, în cazul participării fizice a consilierilor locali sau tipul aplicațiilor electronice folosite în cazul desfășurării ședințelor prin mijloace electronice, deci nu este vorba de o obligație imperativă.

Prin urmare, autoritățile administrației publice locale de la nivelul fiecărei unități administrativ-teritoriale, prin documentul de convocare, pot opta pentru desfășurarea ședințelor prin prezența fizică a consilierilor sau (s.n.) prin mijloace electronice.”

Importanța interpretării gramaticale și teleologice este determinantă în aplicarea normelor legale. Am văzut forța juridică a unor simple conjuncții, ce importanță are corelarea textelor și viziunea pe care trebuie să o avem în aplicarea corectă și cu efect practic a unor norme juridice.

Cunoașterea și aplicarea noțiunilor teoretice ale „teoriei generale a dreptului” ne folosește enorm, atunci când suntem în situația de a aplica în mod corect litera și spiritul legilor.

⁷ A se vedea Ivanoff I. V., *Necesitatea și importanța contenciosului administrativ*, Ed. Bibliotheca, Târgoviște, 2022, p. 173 și urm.

*“Interpretarea teleologică...descoperă sensul unei dispoziții legale neclare, prin luarea în considerare a scopului legii, a rațiunii ei (ratio legis) de a fi. Această rațiune a legii mai este numită și ‘spirit al legii’.”*⁸

Convergența argumentelor prezentate de către noi pe cale logică, cu cele ale instanței de recurs, este întărită de motivarea instanței de recurs care reține faptul că: *„Mai mult decât atât, legiuitorul nu reglementează modalitatea de asigurare a secretului votului la adoptarea unor hotărâri, conform prevederilor alin. (6) al art. 139 din Codul administrativ, în cazul în care un consilier local ar participa la ședință online sau ședințele consiliului local s-ar desfășura prin mijloace electronice.”*

Prin urmare, varianta „hibridă” a desfășurării ședințelor consiliilor locale/județene, sugerată de către instanța de fond ar conduce în practica administrativă la imposibilitatea de a se putea aplica votul secret, ori de câte ori situația o impune.

O astfel de situație este de exemplu, cea în care orice hotărâre ce urmează a fi luată de către autoritățile deliberative susmenționate și care privesc persoanele este obligatoriu votul secret, fapt ce nu s-ar putea realiza în practică, în cazul în care ședințele consiliului local/județean s-ar desfășura fie exclusiv on line, fie în varianta „hibridă” sugerată de motivarea instanței de fond.

Dincolo de analiza și criticile făcute de noi asupra unor astfel de precedente deosebit de periculoase ale instanțelor de contencios, rămâne în discuție situația legală a desfășurării ședințelor autorităților publice locale/județene, exclusiv în varianta on line. Cum se poate realiza votul secret? Legiuitorul nu a prevăzut această variantă, fapt pentru care s-ar impune, de lege ferenda, o modificare imediată a Codului Administrativ și a stipulării modalității de realizare a votului secret în varianta ședințelor on line. Acest neajuns a fost surprins și subliniat, așa cum am arătat și noi, și de către instanța de recurs în considerentele susmenționate.

Dacă apariția O.U.G. nr. 61/2020 a reglementat maniera de desfășurare a ședințelor consiliilor locale/județene în astfel de situații excepționale, există opinii exprimate în literatura de specialitate care *„nu împărtășesc faptul că prevederile introduse nu sunt raportate la existența unei situații extraordinare, care să legitimeze desfășurarea on line a ședințelor consiliului local. Rezultă în modul în care sunt redactate textele modificate, că acestea se pot desfășura oricând și on line, fără a mai fi nevoie de existența unei stări extraordinare. Acest lucru considerăm că nu este corect și propunem ca, în cadrul procesului de aprobare a O.U.G. nr. 61/2020 și, implicit, a O.U.G. nr. 57/2019, să se completeze textele cu precizarea că dispozițiile respective implică existența unei situații extraordinare”*⁹.

În concluzie, jurisprudența instanțelor de judecată nu poate aduce completări la lege și răstălmăciri ale textelor legale, acestea trebuind a fi aplicate în litera și spiritul acestora.

⁸ A se vedea supra Dănișor D. C. și colectiv, *op. cit.*, p. 396.

⁹ A se vedea Vedinaș V., *Codul Administrativ adnotat. Noutăți. Examinare comparativă. Note explicative*, ed. a III-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, Colecția Coduri Adnotate, București, 2021, p. 168.

Respectarea legilor și a drepturilor celorlalți

[Respecting The Laws and The Rights of Others]

CS III, dr. Ion FLĂMÎNZEANU*

Abstract: *There are also unwritten laws, that tradition or custom, the custom of the land as it is also called. Romanian law was formed and evolved under the influence of Roman law, both in the early period, the era of its creation, then feudalism and the era of Cuza, with implications and influences of Roman law. Also, the constitutional norms guarantee equality before the law and public authorities, without privileges and without discrimination, regardless of race, nationality, ethnic origin, language, religion, sex, opinion, political affiliation, wealth etc.*

Keywords: *Rights; Laws; Tradition; Norms; Unification*

Înainte de a discuta în concret despre respectarea legilor, precum și a drepturilor celorlalți, să vedem ce se înțelege prin cuvântul lege și de ce trebuie respectată legea în accepțiunea „lato sensu”.

Pornind de la etimologia cuvântului lege în „Dicționarul explicativ al limbii române”¹, prin lege se înțelege acea categorie filozofică, ce exprimă raporturi esențiale, necesare, generale, relativ stabile și repetabile în și între obiectele și fenomenele realității sau între stadiile succesive ale unui proces.

Modificare cu caracter regulat care intervine într-un fenomen, proces, exprimând esența lui. Tot prin lege înțelegem normă cu caracter obligatoriu, stabilită și apărută de puterea de stat. Există norme ce sunt stabilite expres prin lege atât legea în sine – ex. Legea nr. 51/1995, Legea nr. 155/2010, dar există și decrete, hotărâri, ordine de ministru care în accepțiunea „lato sensu” au puterea, înțelesul de lege.

Există și legi nescrise, acea tradiție sau cutumă, obiceiul pământului cum se mai numește. Se mai folosesc expresiile om de lege sau omul legii, jurist, avocat etc. După lege, adică legal, sau vorba cuiva, este respectată cu strictețe, în numele legii sau în baza legii, în conformitate cu legea. Nu trebuie să fii neapărat jurist ca să înțelegi expresia populară „unde-i lege nu-i tocmeală”, rezultând încă odată dacă mai era nevoie despre necesitatea respectării legilor și pe cale de consecință, caracterul imperativ al acestora. Întotdeauna în lege sunt precizate și expresii clare cum ar fi: prezenta lege se aplică începând cu data de... de la prezenta lege sunt exceptate următoarele categorii..., legea nr.... a fost abrogată – adică nu mai este în vigoare.

Așa cum preciza și renumitul profesor Mircea Duțu² în prefața volumului sesiunii de comunicări științifice a Institutului de Cercetări Juridice, nu cu foarte mult timp în urmă, singurul

* Cercetător științific gr. III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; lector universitar la Facultatea de Drept și Administrație Publică, Universitatea „Spiru Haret”, București; ionflaminzeanu@yahoo.com.

¹ Dicționarul explicativ al limbii române, Ed. Univers Enciclopedic, București, 1998, p. 565, Academia Română – Institutul de lingvistică „Iorgu Iordan”.

² M. Duțu, *op. cit.*, vezi p. 5-7.

împărat al francezilor Napoleon spunea: „Adevărata mea glorie nu constă în faptul că am câștigat 40 de bătălii, Waterloo va șterge amintirea atâtor biruințe. Ceea ce va trăi veșnic este Codul meu civil”. Renumitul profesor arată faptul că, codurile simbolizează adesea dreptul însăși, făcând o analogie, o simetrie dacă vreți, legea înseamnă drept, dreptul bazându-se în esență pe lege. Sunt aduse în discuție Codul lui Hammurabi, poate fi văzut și astăzi la Luvru precum și Pandectele Împăratului Iustinian, Legea celor 12 table. La Vatican de asemenea există imortalizat Papa Grigore al IX-lea primind Decretele unui ecleziast. Aceste coduri având funcții multiple, sociale, economice, politice și chiar tehnice iar scopurile sunt multiple de la concretizarea efectivă adică adoptarea codului, adică preocuparea principală fiind de simplificare și raționalizare a dreptului dar și urmărirea unei adevărate reforme, impusă de exigențe economico-sociale majore și implicând o nouă concepție generală, cu concepte și noțiuni noi, sau cel puțin regenerate și reformulate. Reinhard Zimmerman³ preciza faptul că: „Având în vedere dificultățile considerabile pe care le întâmpină unificarea juridică, la nivel global, desigur inevitabile, precum și marile divergențe dintre sistemele de drept ale diferitelor națiuni și popoare care nu sunt neapărat datorate unor accidente ale istoriei sau hazardului, acestea pot deopotrivă să fie fondate pe diferențe culturale, economice ori politice fundamentale. În continuare reputatul autor scoate în evidență faptul că deși putem vorbi de un nivel de evoluție culturală și economică⁴ aproape similar și deși împărtășesc aceeași experiență istorică și aceleași concepții politice fundamentale, unificarea juridică făcându-se mai ușor, se întâmpină destule greutăți atunci când avem mari divergențe între diferitele sisteme de drept ale diferitelor națiuni și popoare, ca exemplu dreptul european-anglo-american sau cel al popoarelor din Asia sau Africa.

Cel puțin la nivel european⁵, dacă națiunile se unesc într-o comunitate economică, unificarea regimului juridic, mai cu seamă în domeniul tranzacțiilor private, comerciale, mai devreme sau mai târziu se va realiza datorită importanței considerabile practice și politice⁶. Statele Europene cu mici excepții, făcând demersuri în această direcție, încă din perioada imperiului roman și nu numai, respectarea legilor, indiferent că priveau sistemul public sau sistemul adresat particularilor, celebrul jurisconsult⁷ Ulpian făcând prima dată distincția dintre dreptul public (cel ce se referea la organizarea statului și cel privat (interesele fiecăruia). Deși realitate, aceste din urmă norme, exprimau interese generale, indiferent de cele trei epoci (veche, clasică, postclasică) sau indiferent cui se aplicau, cetățenilor romani, peregrinilor. De fapt după edictul *Constitutio Antoniana* dat în anul 212 e.n. prin care s-a acordat cetățenia romană tuturor locuitorilor Imperiului, începe o perioadă caracterizată sub aspect juridic prin fuziunea sistemelor de drept din Imperiu. Putem spune fără posibilitatea de a greși că dreptul roman ce a rămas viabil și în zilele noastre a depășit cu mult atât limitele societății care l-a creat cât și cele istorice în care a luat naștere creându-se un adevărat și veritabil alfabet juridic, ce a creat printre altele perenitatea în timp a dreptului roman. Astăzi sisteme de drept moderne, preluând principiile de bază ale dreptului roman, adoptat, specificului național și universal nu putem omite: obligația contractuală, obligația delictuală etc.

³ R. Zimmerman, *Droit comparé et l'europesination de droit prive*, în RTD civ. nr. 3/2007, Dalloz, Paris, p. 451, citat de Marilena Uliescu – *Dreptul bunurilor și dreptul intern. Aspecte privind legislația și practica judiciară*. comunicări prezentate la Sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice, București, Aprilie 2008, Ed. Hamangiu, p. 3-5.

⁴ R. Zimmerman, *op. cit.*, p. 451.

⁵ A.J. Kawring, *Unifying Commercial Laws of Nations States*, Coordination of Legal Systems and Economic Growth, 2003.

⁶ A.J. Kawring, *op. cit.*, p. 17.

⁷ E. Molcuț, D. Oancea, *Drept roman*, Ed. Șansa SRL, București, 1993, p. 13.

Dreptul românesc, formându-se și evoluând, sub influența dreptului roman, atât în perioada de început, epoca creării lui, apoi feudalismul și epoca lui Cuza, cu implicații și influențe ale dreptului roman.

Regretata prof. Sofia Popescu⁸, referindu-se la istoricul consiliului legislativ, îl citează pe Virgil Gabrielescu ca „Personalități ale Consiliului Legislativ de-a lungul timpului⁹, a precizat câte condițiuni se cer pentru a revizui și a codifica sistemul întreg al unei legislații precizând că: trebuie cunoașterea legilor existente și a raporturilor ce leagă cu celelalte legiuri în vigoare, cunoștința legilor străine relative la același obiect, cunoștința doctrinei și a jurisprudenței asupra materiei, adunarea și conexarea tuturor materialelor, timp de studiu, cunoașterea obiceiului, precum și trebuințele reale ale societății. Tot domnia sa în acel referat făcând referire asupra lucrărilor unor eminente juriști, mulți fiindu-i colegi de institut sau cunoscându-i personal, printre care: Acad. Mihail Eliescu, Anita M. Naschitz, Victor Dan Zlătescu, Ioan Vida, Vladimir Hanga, Romul Petru Vonica, iar printre lucrările a cestora citează Victor Dan Zlătescu „Introducere în logistica formală și tehnica legislativă”¹⁰, Vladimir Hanga¹¹, Ioan Vida¹².

Din analiza sistematică, a conținutului normativ al Constituției României¹³ rezultă că drepturile și libertățile fundamentale, sunt reglementate în cuprinsul Titlului II intitulat sugestiv „Drepturile, libertățile și îndatoririle fundamentale, iar în art. 15 din Constituție se statuează clar că, cetățenii beneficiază de drepturile și de libertățile consacrate prin Constituție și prin alte legi și au obligațiile prevăzute de acestea. De asemenea, normele constituționale garantează egalitatea în fața legii și a autorităților publice, fără privilegii și fără discriminări, fără deosebire de rasă, naționalitate, origine etnică, limbă, religie, sex, opinie, apartenență politică, avere sau origine socială. Străinii și apatrizii care locuiesc pe teritoriul României se bucură de protecția generală a persoanelor și a averilor. În constituția republicată, au fost receptate¹⁴ toate standardele de nediscriminare înscrise în principalele instrumente internaționale din domeniul drepturilor omului. Persoanele fizice se bucură de toate drepturile și libertățile fundamentale prevăzute în Curtea Europeană a Drepturilor Omului, Declarația Universală, Constituția și Noul Cod civil, pe când cele referitoare la persoanele juridice se bucură de drepturile și libertățile fundamentale garantate de Convenție și Constituția României¹⁵.

În ceea ce privește, respectarea drepturilor fundamentale, acest lucru datează încă din epoca antică, apoi așa cum era și firesc, au cunoscut o dezvoltare odată cu modernizarea societății umane, astfel constituindu-se statele moderne în Europa începând cu secolul 16, iar datorită cristalizării relațiilor, drepturile oamenilor au început din ce în ce mai mult să fie respectate, apogeul constituindu-l secolele XIX și XX. Conceptul de drepturi ale omului a reprezentat o sinteză a tot ceea ce gândirea umană, a avut mai bun. În ce privește cadrul juridic referitor la drepturile omului,

⁸ Sofia Popescu, *Codificarea – Temă de cercetare interdisciplinară. Știință și codificare în România*, Institutul de Cercetări Juridice Acad. „Andrei Rădulescu” al Academiei Române, Ed. Universul Juridic, București, 2012, p. 300-305.

⁹ Sorin Popescu, Tudor Prelipceanu, *Personalități ale Consiliului Legislativ, de-a lungul timpului*, ed. a III-a revizuită și adăugită, Ed. Lumina Lex, București, 2006, p. 225.

¹⁰ V.D.Zlătescu, *Introducere în logistica formală și tehnica legislativă*, Ed. Oscar Print, București, 1995.

¹¹ Vladimir Hanga, *Dreptul și tehnica juridică. Lucrare de sinteză*, Ed. Lumina Lex, București, 2000, p. 5.

¹² Ioan Vida, *Manual de logistică formală*, Ed. Lumina Lex, 2004.

¹³ Constituția României, republicată în M. Of. nr. 767 din 31 octombrie 2003.

¹⁴ Ioan Muraru, Gheorghe Iancu, *Texte, note, prezentare comparativă*, Ed. Actami, București, 2000, 123-198. A se vedea în același sens și *Constituția României, comentarii pe articole*, coord. Ioan Muraru, Elena Simina Tănăsescu.

¹⁵ Nicolae Pavel, *Egalitatea în drepturi a cetățenilor și nediscriminarea*, Ed. Universul Juridic, București, 2012.

acesta a avut, cum e și firesc, o dezvoltare progresivă, astfel găsim o problemă destul de vastă, ce a făcut obiectul, atât dreptului național cât și cel internațional¹⁶. De la drepturile generației a III-a acum discutându-se și de generația a IV-a nu se admite nici o derogare¹⁷.

Așa cum precizăm, s-au dezvoltat treptat aceste tendințe de respectare a drepturilor omului ca puncte cheie, putem aduce în discuție Declarația adoptată la congresul de la Viena din 1815, ca rol primordial, a fost abolită sclavia, comerțul cu sclavi, Tratatul de la Paris 1856 privind pacea în lume proclama că toate națiunile și ființele umane, indiferent de rasă, limbă, sex, au dreptul de a trăi în pace.

Convenția de la Geneva din 1864, ce pune în discuție soarta militarilor răniți, Adunarea Generală ONU – 1978 prin proclamația că toate ființele acestui mapamond, ființe umane desigur, să conviețuiască fără ură de rasă, convingeri de limbă sau sex și să trăiască în pace.

Curtea europeană a Drepturilor Omului (CEDO) ce funcționează pe lângă Consiliul European are ca principal rol soluționarea plângerilor individuale ale cetățenilor Uniunii Europene și care privesc drepturile și libertățile ce se pretind a fi încălcate de autoritățile naționale¹⁸. Declarația Universală a Drepturilor Omului precizează clar că toate ființele umane se nasc libere și egale în drepturi.

Nu putem omite nici Actul Final al Conferinței pentru securitate și cooperare adoptat la Helsinki, în 1975, fiind proclamată respectarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale în afara statelor europene participând SUA, Canada, Carta de la Paris pentru o nouă Europă a reafirmat că drepturile și libertățile fundamentale sunt inerente¹⁹ ființelor umane și se impun a fi garantate prin lege, protecția și promovarea lor fiind o îndatorire a guvernelor, iar înfăptuirea reprezintă baza libertății, dreptății și păcii. Evoluția drepturilor omului, a conceptului și a dezvoltării fiecărui drept și libertăți fundamentale a individului s-a produs mai mult pe cale cutumiară. Printre principalele drepturi enunțăm următoarele: dreptul la muncă, la libera alegere a slujbei, plată egală la muncă egală, dreptul împotriva foametei, dreptul la un standard de viață adecvat, dreptul la hrană, îmbrăcăminte, adăpost, participarea liberă, în mod egal la dezvoltarea economică, socială și politică, libertatea religiilor și a convingerilor, acces la pământ și la resursele naturale, problemele drepturilor femeii, interzicerea torturii, a discriminărilor rasiale, dreptul la un mediu sănătos, echilibrul ecologic, dreptul la pace etc.

Din păcate există situații și nu puține la număr când din varii motive legislația și pe cale de consecință drepturile și libertățile persoanelor sunt încălcate. În ce privește libertatea persoanei, legiuitorul a atribuit un capitol distinct ce are ca obiect libertatea persoanei.

Ne referim desigur la situația când nu există temei legal pentru aceasta. Putem exemplifica: lipsirea de libertate fizică a persoanei. Sunt infracțiuni prevăzute în codul Penal cum ar fi: arestarea

¹⁶ S. Scăunaș, *Dreptul internațional al drepturilor omului*, Ed. All Beck, București, 2003, p. 11. A se vedea în același sens A. Năstase, *Drepturile omului – religie a secolului XX*, Ed. Monitorul Oficial al României și Institutul Român pentru Drepturile Omului, București, 1992, p. 15; I. Muraru, S. Tănăsescu, *Drept constituțional și instituții politice*, ed. a 12-a, vol. 1, Ed. All Beck, București.

¹⁷ D. Popescu, R. Pașoi, *Protecția internațională a drepturilor omului*, Studii de drept românesc, nr. 3-4, 2003.

¹⁸ Curtea europeană a Drepturilor Omului este singurul organ autentic creat de Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale; se compune dintr-un număr de judecători egal cu cel al statelor membre ale Consiliului Europei, fiecare stat membru având un singur judecător la Curte. Protecția europeană a drepturilor omului și procesul penal român, Ed. C.H.Beck, 2008, București, p. 5.

¹⁹ Carta de la Paris pentru o nouă Europă a fost adoptată la 21 noiembrie 1990.

nelegală și cercetarea abuzivă, supunerea la rele tratamente, represiunea nedreaptă²⁰. Sunt situații când se dispune arestarea, trimiterea în judecată sau condamnarea unei persoane știind că este nevinovată. Principiul legalității presupune ca întreg procesul penal să se desfășoare sub auspiciile respectării normelor legale, respectându-se legea, atribuție ce revine tuturor celor îndrituiți, organele judiciare și toți participanții la procesul penal. Curtea de la Strasbourg s-a statuat clar ce criterii trebuie respectate, ce criterii, tipul măsurii dispuse, durata acesteia, efectele produse precum și modul de îndeplinire, ce se înțelege prin privare de libertate sau prin restrângerea libertății.

²⁰ Denisa Tudorache, Conformitatea dreptului intern cu exigențele art. 5 din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale și cu Jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului, Ed. Hamangiu – Perspectivele dreptului românesc în Europa Tratatului de la Lisabona, București, 2010, p. 359.

Constante ale Dreptului, constante sociale – constante contrastante?

[Constants of Law, social constants – contrasting constants?]

Cristian NEACȘIU*

Abstract: Since by defining what is implicitly constant the aspect of a continuity in temporality is verified, the further question is justifiably asked whether the idea of constant implies and signifies only the aspect of continuity in temporality? As any interruption of continuity represents an opening to another continuity which thus actualizes itself, it follows that in order to be characterized by constancy, a continuity must not know interruption. Therefore, continuity as constant is that which is not fractured by the act of interruption. Regarding the latter relationship, it is necessary to mention the aspect that its object is represented by continuity, and the feature that applies to it is represented by constant character. But, viewed from the opposite direction, could a relationship be conceptualized in which what is constant as uniformity has its object value, respectively continuity represents the feature that applies to the object?

Keywords: Constant; Continuity; Constancy; Actualize

I. Imixtionând în aria juridicității considerată *sistem și fenomen de cuprindere socială*¹, ideea de *constant*, respectiv *continuitate*, în mod *sine qua non* ne apar ca fiind o prioritate: analiza modului în care dreptul, respectiv socialul se determină și condiționează reciproc, viabilitatea în timp a normei juridice, respectiv reflectarea caracterului constant drept trăsătură proprie a relațiilor sociale ce liantizează mediul social prin actorii săi proprii.

Luând pe rând într-o topica inversă a celui cel de pe urmă sens al enumerării anterioare cele din urmă elemente anterior-enumerate, în primul rând ne chestionăm cu privire la viabilitatea în timp a relațiilor sociale drept viabilitate caracterizată de constanță. Cu alte cuvinte, în primul rând suntem determinați a ne întreba cu privire la posibilitatea ca fațeta realității sociale ce reflectă viabilitatea unor relații sociale caracterizate de constanță, să fie o permanență a socialului. Întrucât „*Normativitatea juridică (...) stabilește raportul dintre cum este și cum trebuie organizată viața societății*”², reiese că dreptul este în primul rând un *instrument de valorizare* a raportului dintre cum sunt și cum trebuie să fie relațiile din Societate, respectiv în al doilea rând, în funcție de acest raport, dreptul este și trebuie a fi un *instrument de modelare* a relațiilor din Societate așa cum sunt în relații așa cum trebuie să fie, întrucât „În raport cu acțiunea concretă și cu relațiile morale și

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); cristian.neacsu@gmail.com.

¹ Considerație dedusă din definiția dreptului enunțată cu privire la aplicabilitatea acestuia, anume: *dreptul este un sistem și fenomen de cuprindere socială, unde cel de pe urmă element îl determină pe cel dintâi, respectiv cel dintâi element îl configurează și ordonează pe cel urmă prin răsfrângerea asupra-i*. Ca un corolar, în mod corelativ-analog prin definiția dreptului enunțată cu privire la conceptualitatea acestuia trebuie să se înțeleagă *acel cumul ideatic structurat ce este alcătuit din: noțiunile, conceptele, ideile, instituțiile și curente juridice ce sunt ordonate în norme juridice, respectiv în opinii juridice critic-elaborate care sunt proprii dreptului, respectiv care în parte sunt elemente de continuitate permanentă în Drept ca și permanențe ale acestuia*. Prin acestea din urmă, un Drept care este elaborat și aplicat, respectiv conceptualizat și realizat în acord cele două definiții proprii sieși, reprezintă *cel mai avansat instrument de emanație umană în ceea ce privește ordonarea, egalizarea, respectiv îmbunătățirea relațiilor umane*.

² Dr. Ion Corbeanu, *Teoria Generală a Dreptului*, Ed. Lumina Lex, București, 2008, p. 31.

etice, dreptul abstract nu este, în fața conținutului lor mai larg, decât o *posibilitate*³. Mai exact, cu privire la acesta din urmă, dreptul este și trebuie a fi un *instrument de perfecționare* a raportului dintre cum sunt și cum trebuie să fie relațiile din Societate drept *instrument* care tinde deziderativ spre o echiunitaritate⁴ a celui din urmă raport asupra căruia se aplică. Rațiunea calității de instrument de perfecționare a raportului dintre cum sunt și cum trebuie să fie relațiile sociale din Societate este determinată în parte prin aceea că „(...) experiența ne poate spune că lucrurile sunt într-un anumit mod, dar nu ne poate spune că ar putea să fie diferite;”⁵. Totodată, o altă rațiune de fundamentare în parte a calității de instrument de perfecționare a raportului dintre cum sunt și cum trebuie să fie relațiile sociale din Societate a Dreptului este reprezentată de aspectul că prin considerarea realității fizice drept plan bazal de veridicitate, ne aflăm în „(...) imposibilitatea de a ne folosi de această realitate variabilă pentru a fixa noțiunea dreptului”⁶. Cumulând cele anterioare, suntem determinați a considera în sensul că Dreptul este mai întâi un *instrument de valorizare* a raportului dintre cum sunt și cum trebuie să fie relațiile din Societate, pentru ca mai apoi să fie un *instrument de perfecționare* a raportului dintre cum sunt și cum trebuie să fie relațiile din Societate, întrucât prin această dublă calitate metodologică „Realitatea este aici exterioritate, desfacere a conceptului, independență a momentelor devenite libere în existența lor faptică”⁷. În planul metodologiei juridice, cea dintâi calitate de *instrument al valorizării* este un mijloc pentru cea de pe urmă calitate de *instrument de perfecționare* a Dreptului drept calitate ca și scop. Astfel, în configurarea obiectului propriu asupra căruia se aplică, precum și în încercarea, itinerariul și finalitatea atingerii dezideratelor proprii cu privire la obiectul propriu, ca o permanență și implicit continuitate în juridicitatea proprie, Dreptul uzează de calitatea sa de *instrument al valorizării*, pentru ca mai apoi să uzeze de calitatea de *instrument al perfecționării*, fiind cristalizată cu titlul de permanență metodologică funcțională în dreptul articulat ca sistem, aceasta dintâi poate fi adecvat aproximată și considerată drept constantă a dreptului. Ca atare, o primă constantă cristalizată în câmpul juridicității dreptului este una de ordin metodologic-funcțional⁸ și este reprezentată de succesivitatea *instrument al valorizării* → *instrument al perfecționării* drept calități ale dreptului sistemic articulat. Astfel, întrucât prin chiar nativitatea termenului „constant/constantă” fiind atras implicit aspectul funcțional, atunci în mod *sine qua non*, prima constantă a dreptului nu putea fi decât una care privește funcționalitatea de realizare a

³ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filozofiei dreptului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 60.

⁴ *Echiunitaritatea* raportului dintre relațiile sociale așa cum sunt în Societate și relațiile sociale așa cum trebuie să fie în cadrul Societății realizează expresia unei situații ideale în care există o suprapunere deplină între modelul abstract al relațiilor sociale normate în cadrul normelor juridice și modelul concret de realizare și desfășurare a acestor relații în cadrul Societății. Cu alte cuvinte, succint-spus: *echiunitaritatea* raportului dintre relațiile sociale așa cum sunt în Societate și relațiile sociale așa cum trebuie să fie în cadrul Societății ilustrează *situația ideală* – ca *abstracțiune* către care prin deziderativitatea proprie tinde un sistem de drept și Dreptul în ansamblul său, respectiv reprezintă *indicatorul extern* care în funcție de poziționarea cât mai proximă față de sine, este apreciat gradul de articulare, eficiența normelor, respectiv a instituțiilor proprii, inter-mobilitatea stabilită între propriile ramuri ale, respectiv deschiderea față de mobilitate prin adaptare și redimensionare conceptuală și aplicativă a unui sistem de drept supra-structură care se adaugă mănunchiului de relații sociale care este texturat structural sau nestructural în ceea ce denumim mediu social.

⁵ Giorgio del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, p. 142.

⁶ Giorgio del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, p. 184.

⁷ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filozofiei dreptului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 189.

⁸ Chiar mai mult, prin însăși esența termenului „constant/constantă” fiind sugerat aspectul funcțional, căci ceea ce este constant înseamnă că este abstras variabilității, ceea ce implicit înseamnă că are o evoluție proprie drept evoluție liniară, care la rândul său implică întindere și desfășurare în timp. Ori ceea ce posedă întindere și desfășurare ca orientare a fazelor proprii în timp, în mod *sine qua non* are valoarea unei funcționalități. Așadar, *omissio medio*, ideea de constant implică și reclamă în mod *sine qua non* ceea ce este funcțional.

dezideratelor proprii acestuia din urmă. Cumulând sintetic cele anterior-menționate, suntem determinați a considera în sensul că: *acea constantă fundamentală a dreptului privește realizarea acestuia ca deziderativitate și constă într-o succesivitate funcțională structurată în baza regulii de logică clasică cessante causa, cessat effectus, anume: succesivitatea instrument al valorizării → instrument al perfecționării*⁹. Emanția celor anterior-menționate drept emanție de asemenea a interesului teoretic, rezidă în posibilitatea privirii comparatiste a *permanențelor*, respectiv a *constantelor* dreptului. Deși într-o perspectivă a unei superficialități logice, s-ar putea considera că între *constant* și *permanent* există suprapunere, totuși, rigoarea logică este entitatea raționantă care se impune și care ne impune ca legitate meditativă, aspectul că ceea ce este constant poate fi *permanență* sau în caz contrar poate fi *permanentizat*, respectiv aspectul că ceea ce este *permanent* poate fi sau nu constant. Dintre aceste din urmă două teze logice ce posedă fiecare câte două modalități, doar în ceea ce privește modalitatea primă a tezei secunde, este stabilit raportul suprapunerii între ceea ce este *constant* și ceea ce este *permanent*. Reiterând aspectul că în juridicitate *elementul constanței* se referă la aspectul *funcțional* al dreptului ca sistem, ulterior se ridică aspectul posibilității determinării *permanențelor* dreptului în funcție de constantele acestuia din urmă, respectiv a verifica dacă raportul dintre constantele dreptului și *permanențele* acestuia este un raport al confuziunii? Cu privire la prima teză a celei din urmă interogații suntem determinați a stabili dacă *permanențele* dreptului sunt configurate prin constantele dreptului sau aceste din urmă constante sunt configurate prin *permanențele* dreptului? Întrucât ceea ce este constant este abstras variabilului și variabilității, pentru ca la încetarea acestei abstrageri, constantul să devină sau redevină variabil, reiese că un element constant nu exclude posibilitatea *ex nunc* ca acesta să devină variabil și astfel prin aceasta să poată fi supus schimbării. Prin aceasta suntem determinați a stabili în sensul că ceea ce este constant în mod *omissio medio* nu trebuie ci doar poate fi a supus *permanentizării*. Ori ceea ce este *permanent* este *permanentizat ex nunc*. Astfel, prin aceasta din urmă reiese că ceea ce este *permanent* este implicit și constant, însă ceea ce este constant nu trebuie a fi și *permanent*, ci doar poate fi *permanent*. Cu alte cuvinte, succint-spus: *permanența implică constanța*, respectiv *constanța poate atrage permanența*¹⁰. Fără a pierde din considerație cele anterior logicist-itinerant deduse, în ceea ce privește *permanențele*, respectiv *constantele* dreptului suntem determinați a realiza o diferențiere a *permanențelor* dreptului prin prisma dubletului Dat-construit. Astfel, în situația unei *permanențe* ca și Dat al dreptului¹¹ (cum ar fi ideea bunei-credințe), aceasta dintâi prin natura de Dat pre-există oricărei constante a dreptului¹², ceea ce ne legitimează a considera în sensul că *determinarea constantelor dreptului este realizată prin intermediul permanențelor acestuia*¹³. Pe de altă parte, în mod corelativ în situația unei *permanențe* ca și *construit* (cum ar fi situațiile multor instituții juridice din diferitele ramuri de drept) al dreptului¹⁴, aceasta dintâi prin natura de construit, post-există în mod *sine qua non* constantei fundamentale a dreptului, ceea ce ne legitimează a considera în sensul că *determinarea permanențelor dreptului este realizată prin intermediul constantelor acestuia*¹⁵. Cumulând sintetic ansamblul considerațiilor anterioare, reiese că pe de o parte, noțiunile de

⁹ Idee juridică primară.

¹⁰ Regulă de logică clasică drept regulă logică-compusă.

¹¹ Cu precizarea că *permanențele-Dat* ale dreptului sunt restrâns-exemplificative în cadrul conceptualității Dreptului.

¹² Întrucât nu ar putea fi considerată ideea unor funcționalități-Dat ale dreptului similare noțiunilor-Dat ale acestuia.

¹³ Aspect ca *excepție* a metodologiei juridice.

¹⁴ Cu precizarea că *permanențele-construit* ale dreptului sunt extensiv-exemplificative în cadrul conceptualității Dreptului.

¹⁵ Aspect ca *regulă* a metodologiei juridice.

constantă a dreptului, respectiv *permanență* a dreptului trebuie să a fi considerate diferențiat – ca *regulă*, respectiv ca fiind suprapuse – doar în idealitatea unei *excepții*, respectiv pe de altă parte, acestea trebuie să a fi valorizate drept două noțiuni care se determină reciproc în funcție de fațetele metodologice ale conceptualității, respectiv ale deziderativității conceptuale a dreptului. Reiterând ideea constanței fundamentale a dreptului¹⁶, în mod legitim se ridică aspectul raportării Moralei față de această din urmă constantă, sau din perspectiva unor considerente ale preciziei juridice în conceptualitate, mai degrabă se ridică aspectul raportării constanței fundamentale cu pricina la Morală. Prin urmare, „Datorită faptului că dreptul, prin esența sa este practic și realist, iar morală este abstractă și idealistă, dreptul lasă în afară de sfera sa de aplicațiune tot ceea ce nu privește raporturile dintre indivizi, cum sunt datoria față de sine însuși, datoria către Divinitate etc.; (...)”¹⁷. Doar prin aplicațiunea unei simple actualizări în terminologia juridică a prezentului realității juridice drept aplicațiune realizată asupra considerației enunțate de colectivul reputaților autori reamintiți anterior, reiese că semnificația acesteia din urmă constă în legitatea că dreptul lasă în afara sferei aplicării sale tot ceea ce nu privește raporturile dintre indivizi, anume: raporturile dintre individ și sine însuși. Datorită acestei din urmă legități proprii dreptului, acesta din urmă se menține în sfera obiectivității și astfel nu cade pradă unui subiectivism accentuat realizat în modalitatea individualității. Fundamentul acestei abstrageri a dreptului de la normarea palierului individualității ființei umane¹⁸ este datorat că acesta dintâi nu concură cu Morală, ci lasă deschisă calea acesteia drept domenialitate a conceptualității Dat, în ceea ce privește ordonarea prin recomandare a raportului dintre individ și sinele propriu. Numai în eventualitatea unei interferențe a acestor din urmă raporturi individualiste cu raporturile dintre indivizi propriu-zise¹⁹, dreptul este determinat *sine qua non* în ceea ce am putea denumi drept conjugare cu esența și regulile Moralei. Ca urmare a sintezei considerațiilor anterioare, suntem legitimați a considera în sensul că *prin considerarea Moralei, (ca o constantă), dreptul trebuie să se abțină de la imixtionarea în câmpul legităților ce cad sub apanajul obiectului Moralei prin recomandare*²⁰. Respectiv, cu titlu de excepție de la regula-constantă a Dreptului anterior-menționată, doar atunci când este realizată îmbinarea raporturilor individualiste cu raporturile dintre indivizi propriu-zise, acțiunea acestuia dintâi este o acțiune concertată cu acțiunea Moralei²¹.

Pe de altă parte, considerând că „Dreptul natural se poate defini ca suma tendințelor și a nevoilor generale, mai mult sau mai puțin clar exprimate, pe care le are la un moment dat societatea, și pe care un bun legiuitor trebuie să le satisfacă prin texte de lege”²², reiese că deși nu este o sistemicitate specializată articulată ca dreptul pozitiv, totuși conceptualitatea reprezentată de dreptul natural este o omniprezență ubicuitară distinctă de cea din urmă pozitivitate teoretică și practică, prescriptivă și sancționatorie, respectiv generalizată și particularizată, dar care se

¹⁶ Reprezentată de succesivitatea *instrument al valorizării* → *instrument al perfecționării*.

¹⁷ I. Rosetti-Bălănescu, Ovid Sachelarie, Nic. G. Nedelcu, *Principiile dreptului civil român*, Ed. de Stat, București, 1947, p. 8.

¹⁸ Drept palier ce nu exclude palierul individualității subiectelor de drept care în mod *sine qua non* cade sub apanajul obiectului de reglementare al dreptului.

¹⁹ Deja clasicizate ca noțiune juridică.

²⁰ Idee juridică primară.

²¹ Astfel, prin totalitatea acestui ansamblu al considerațiilor enunțate, devenim conștienți asupra aspectului că *dreptul realizează o constantă proprie în funcție de și prin prioritizarea Moralei*, respectiv *dreptul nu obținează posibilitatea incidenței unei excepții de la o constantă proprie sieși, însă doar prin conjugarea cu un element exterior sieși* (în cazul acesta, acest din urmă element fiind reprezentat de Morală). Cu precizarea că aceste din urmă două considerații au valoarea unor *idei juridice primare*.

²² I. Rosetti-Bălănescu, Ovid Sachelarie, Nic. G. Nedelcu, *Principiile dreptului civil român*, Ed. de Stat, București, 1947, p. 9.

conjugă cu aceasta din urmă. Astfel, prin apanajul considerației anterioare, suntem determinați în a considera că în mod analog conjugării cu Morala, dreptul pozitiv realizează o conjugare și cu conceptualitatea reprezentată de dreptul natural drept conjugare ce are de asemenea valoarea unei *constante* a celei din urmă pozitivități specializate sistemice. Însă, spre deosebire de *constanta* dreptului reprezentată de conjugarea dreptului pozitiv cu Morala doar ca excepție, conjugarea acestei din urmă pozitivități cu conceptualitatea reprezentată de dreptul natural este una care are valoarea unei *constante* ca regulă a dreptului. Prin configurarea dacă nu a raportului dintre, atunci cel puțin a poziționării reciproce a ceea ce am calificat drept două *constante* proprii pe care dreptul le realizează într-un raport al conjugării cu Morala, respectiv cu dreptul natural, prin particularizare devenim conștienți asupra aspectului că „Orice identificare actuală, respectiv orice diferențiere, este un act pozițional, fie că este sau nu fundat el însuși pe alte poziționări”²³.

II. Prin calitatea de *instrument al valorizării*, respectiv *al modelării prin perfecționare conceptuală* a relațiilor sociale, dreptul este implicit un indicator al dinamicii acestor relații ce cad sub apanajul obiectului său. Mai exact, prin dubla calitate de instrument în ceea ce putem denumi realizarea mijloacelor proprii, *dreptul reprezintă indicatorul sistemic articulat al dinamicității relațiilor sociale ce cad sub obiectul său*²⁴. Chiar *a fortiori*, ca o extrapolare prin efectul unei inducții implicite, suntem legitimați a considera în sensul că *prin obiectul și dezideratul proprii, dreptul reprezintă indicatorul sistemic-articulat al dinamicității relațiilor sociale ce sunt conținute de mediul social*²⁵. Din conjugarea celor două definiții anterioare, reiese că dreptul considerat în obiectul și prin dezideratul său este necesar și suficient pentru a arăta că mediul social este unul schimbător prin chiar relațiile sociale ce îl compun pe acesta din urmă. Chiar mai mult decât atât, prin chiar raportarea *remotum* definițională la obiectul dreptului, ne este oferită certitudinea că mediul social este un element supus schimbării prin relațiile sociale ce îl compun. Ca o sinteză a celor anterioare, suntem determinați a considera în sensul că una dintre constantele mediului social drept constantă primară a acestuia din urmă este definită în mod paradoxal prin *variabilitate în modalitatea transformării*, anume: constanta primară a mediului social este reprezentată de schimbarea relațiilor sociale care-l compun pe acesta din urmă. Întrucât termenul *schimbare* semnifică înlocuirea unuia element cu altul simultan cu excluderea celui dintâi, suntem nevoiți a considera²⁶ că acea constantă definitorie pentru mediul social este reprezentată mai exact de *transformarea* relațiilor ce îl compun pe acesta. Așadar, constanta primară a socialului reprezentată de schimbarea relațiilor sociale care-l compun pe acesta din urmă, trebuie a fi reconceptualizată în sensul de *transformare* a relațiilor sociale de compunere a mediului social.

Odată conceptualizată imanența transformării relațiilor de compunere a mediului social, ulterior suntem determinați cu privire la caracterul primar al acestei legități ca și constantă a acestui anterior-precizat mediu. Astfel, cu alte cuvinte suntem determinați a ne întreba în sensul dacă transformarea relațiilor sociale reprezintă constanta primară a mediului social?

Reiterând într-un context social *stricto sensu* adagiul latin: „*Ubi societas, ibi Jus*”, acesta ar trebui redimensionat în forma: „*Ubi humanitas, ibi societas*”, iar prin aceasta ar fi oferit într-o manieră plastică dar profundă a sugestiei, răspunsul la întrebarea precedentă. Mai exact, prin explicitarea acestui de pe urmă răspuns plastic, devenim conștienți asupra aspectului că *firul continuității umanității drept moștenire biologică pe axa temporalității reprezintă singura și*

²³ Edmund Husserl, *Cercetări logice II. Cercetări asupra fenomenologiei și teoriei cunoașterii*. Partea a treia. Cercetarea 6, Ed. Humanitas, București, 2013, p. 169.

²⁴ Considerație ce are valoarea unei definiții a dreptului-indicator social cu privire la obiectul propriu.

²⁵ Considerație ce are valoarea unei definiții a dreptului-indicator social.

²⁶ Pentru rațiuni de precizie logică.

*necesara condiție suficientă pentru existența unei societăți drept formă de structurare și organizare a acesteia dintâi*²⁷. Prin urmare, având în vedere că atâta timp cât va exista umanitatea ca și fiu al timpului, societatea va fi o formă de organizare ce o va însoți în mod *sine qua non* pe aceasta din urmă. De unde reiese că societatea umană și implicit mediul social sunt elemente cu viabilitate nedeterminată *ex nunc*. Această din urmă considerație valorizând drept constanta primară cu privire la mediul social. Adăugând acestei din urmă constante, aspectul transformării nedeterminate *ex nunc* a relațiilor sociale, suntem determinați a considera *ansamblul principiilor directoare ale mediului social*, anume:

- mediul social este continuitate nedeterminată ca existență *ex nunc*, respectiv
- relațiile sociale ce intră în componența mediului social sunt supuse unei transformări ca perpetuitate *ex nunc*.

Cu alte cuvinte, re-conceptualizând sintetic ansamblul considerațiilor anterioare, suntem legitimați a considera că acele constante primare ale mediului social sunt reprezentate de: *existența sa drept continuitate ex nunc*, respectiv *inevitabilitatea transformării prin relațiile sale componente drept transformare perpetuă ex nunc*. Mai exact, suntem legitimați a considera că singurele constante primare ale mediului social sunt reprezentate de: *existența sa drept continuitate ex nunc de-a lungul axei temporalității*, respectiv *inevitabilitatea transformării prin relațiile sale componente drept transformare perpetuă ex nunc*.

A fortiori, considerând demarcația ce se stabilește între mediul social și relațiile sale componente, reiese că singurele constante ale mediului social drept constante sociale sunt reprezentate de:

- continuitatea ca existență *ex nunc* a mediului social;
- prezența imperativă în cadrul mediului social a unor relații sociale ce sunt realizate între anumiți actori sociali, respectiv
- supunerea relațiilor sociale ale mediului social față de un proces perpetuu *ex nunc* al transformării.

III. Erijându-se în postura unor termeni ai unei asocieri comparatiste, suntem determinați a ne pronunța cu privire la raportul dintre constantele Dreptului și constantele sociale în sensul de raport al disjuncției sau în sens de raport al conjuncției?

Ca o deschidere cu valoarea unui preambul succint, înainte de a proceda la analiza raportului ce realizează dezideratul și implicit orientarea părții finale a expunerii, considerăm că în mod paradoxal, datorită naturii conceptuale în cvasi-deplinătatea sa a celor anterior-enumerate explicativ două constante pe care dreptul le realizează prin conjugarea cu Morala, respectiv cu dreptul natural, devenim conștienți asupra particularizării în drept a legității logico-filozofice cum că „(...) expresia aparține existenței concrete a actului însuși”²⁸.

Astfel, având în vedere că regula „Ubi humanitas, ibi societas” este o constantă a socialului care determină regula „Ubi societas, ibi jus”, reiese că o *constantă socială* are valoarea unei *premise* de apariție, respectiv de susținere ulterioară a dreptului ca sistem și conceptualitate. Anume: *constantă socială* reprezentată de continuitatea ca existență *ex nunc* a mediului social determină apariția și susținerea dreptului ca element de ordonare și structuralizare sistemică a acestui din urmă mediu, respectiv determină implicit configurarea constantei fundamentale a dreptului ca sistem, anume: *succesivitatea instrument al valorizării → instrument al*

²⁷ Idee sociologică primară.

²⁸ Edmund Husserl, *Cercetări logice II. Cercetări asupra fenomenologiei și teoriei cunoașterii. Partea a treia. Cercetarea 6*, Ed. Humanitas, București, 2013, p. 292.

perfecționării. Cumulând sintetic cele anterioare, reiese că o *constantă socială* poate reprezenta o *premisă*, precum și o *condiție* pentru realizarea unei *constante* a dreptului. Totodată, întrucât prin simpla formă de rezidență *eo ipso*, mediul social reclamă imperativitatea existenței unui corelativ valoric, reiese că este conturată necesitatea existenței unui sistem articulat care nu poate rezida decât în valoarea dreptului. În acest fel, determinării mediului social ca mediu de conținere a unor constante proprii, trebuie să îi corespundă un corelativ reprezentat de existența unui mediu articulat sistemic drept mediu de conținere a unor constante de asemenea proprii. Astfel, constantele proprii sunt elemente imperative pentru orice sistemicitate articulată, aceasta din urmă legitate nefiind decât particularizarea regulii generale cum că „Dată fiind această concepție despre esență, este ușor de înțeles că esența unui obiect implică orice proprietate esențială pentru acel obiect”²⁹.

Prin acțiunea conjugată a ultimelor două constante ale mediului social fiind reliefat aspectul transformării cu privire la social, în mod *sine qua non* suntem determinați a considera ca acestea sunt de asemenea două elemente ale determinării aceleiași *constante fundamentale a dreptului ce este reprezentată de funcționalitatea metodologică instrument al valorizării → instrument al perfecționării*.

Din conjugarea celor de pe urmă considerații reiese că acele elemente ce realizează forma unor constante sociale sunt elemente de conjugare a ceea ce am stabilit ca fiind constante ale dreptului, respectiv aceste din urmă sunt elemente de potențare a elementelor ce pot fi calificate drept constante sociale, unde aceste din urmă două teze și ipoteze exclud contrarietatea (și reprimă contrastul), disonanța, disjuncția, respectiv paralelismul, întrucât „*Determinările* în dezvoltarea conceptului sunt, pe de o parte, ele însele concepte”³⁰.

q.e.d.

²⁹ Alvin Plantinga, *Natura necesității*, Ed. TREI, București, 1998, p. 150.

³⁰ Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principiile filozofiei dreptului*, Ed. IRI, București, 1996, p. 52.

Secțiunea – Drept constituțional, Drept administrativ

[The Section – Constitutional Law, Administrative Law]

Justiția constituțională în tranziție

[Constitutional Justice In Transition]

Prof. univ. dr. Marieta SAFTA*

Abstract: The evolution of constitutional justice also reflects Romania's transition to a democratic political regime. The years since the establishment of the European model of constitutional justice in Romania have been marked by settlement and resettlement, transformations, and challenges. Highlighting some critical benchmarks on both the substantive and the procedural components of the Constitutional Court's activity, the study expresses the idea that at this moment, substantial experiences have been gathered for the realization of a regulation that would value them for the benefit of constitutionality control and its role in a democratic society. The conclusion expressed is that the legislator's intervention for necessary adjustments is more than desirable, being necessary a careful analysis and legislative solutions aimed at making the Constitutional Court more efficient, thus facilitating access to constitutional justice as a whole.

Keywords: Constitutional Justice; Constitutional Court; Constitutional Procedures; Constitutionalism

I. Introducere

Tema prezentei Conferințe, plasată în contextul unei inițiative recente a Institutului de Cercetări Juridice de a marca un an centenar, corespunzător împlinirii a 100 de ani de la adoptarea Constituției din 1923, ne prilejuiește abordarea unui subiect sau, mai degrabă, a unor repere în cadrul unui subiect ce reflectă deopotrivă tranziția României la un regim politic democratic: justiția constituțională.

Demersul își găsește foarte bine foarte bine exprimarea în argumentul proiectului științific reprezentat de ciclul de conferințe lunare *Tradiția constituțională și perspectivele constituționalismului în România*, în care profesorul Mircea Duțu arăta că „a venit, poate, timpul ca, după reasezările din ultimele decenii, să abordăm deschis și să ne pronunțăm cât se poate de clar asupra fenomenului constituționalismului românesc, apariției, evoluțiilor sale, stării actuale și perspectivelor dezvoltării sale”¹. Tot domnia sa arăta într-un alt studiu că „noul val de constituționalism al statelor ex-comuniste din Europa centrală și de sud-est, care au trecut prin același proces revoluționar al unor transformări profunde și sistemice, de schimbare a paradigmei politice totalitare cu acea a modelului de civilizație democratică, se revendică a reveni, prelua și continua tradițiile constituționale europene comune și ale fiecărei țări în parte și totodată de a se integra în datele sale corespunzătoare noului moment istoric. Această operă de reinventare, redefinire și afirmare concretă a presupus și implicat transformări radicale, nu lipsite de sinuozități, reevaluări și redefiniri”².

Credem că aceste afirmații și concluzii sunt deplin aplicabile justiției constituționale, pentru care ultimele decenii au fost deopotrivă de așezare și reasezare, de transformări și provocări.

* Universitatea Titu Maiorescu din București, Facultatea de Drept; marieta.safta@prof.utm.ro.

¹ Mircea Duțu, *Constituționalismul în dezvoltarea modernă și contemporană a României*, publicat în „Studii și cercetări juridice” nr. 3/30 septembrie 2022.

² Mircea Duțu, *Nașterea, evoluția și perspectivele de afirmare ale constituționalismului românesc. Apartenență europeană și puternică vocație națională*, publicat în „Studii și cercetări juridice” nr. 3/30 septembrie 2022.

Evoluția Curții Constituționale a României (CCR) de-a lungul acestor trei decenii relevă efortul continuu de definire și consolidare în cadrul instituțiilor democratice ale statului, proces marcat de sinuozități, așa cum o demonstrează și tensiunile recente în justiția constituțională europeană. În jurisprudența sa, CCR a conturat înțelesul principiilor și valorilor constituționale, a raporturilor dintre autoritățile publice sub semnul separației, echilibrului puterilor în stat și loialității constituționale, garanțiile constituționale ale drepturilor și libertățile fundamentale, cu momente mai strălucitoare sau mai terne, discutate și uneori discutabile. Încercările de „conectare” și armonizare cu spațiul constituțional european, împrumutul jurisprudențial din experiența altor instanțe constituționale, iar, mai recent, încercarea de definire a identității constituționale naționale marchează etape în dezvoltarea justiției constituționale, fiecare susceptibile de o analiză distinctă. Modificările procedurii jurisdicționale și chiar profilul judecătorilor și-au pus amprenta și au influențat această evoluție jurisprudențială iar, prin ea, sistemul normativ în ansamblu.

Astfel fiind, și având în vedere rolul decisiv pe care CCR l-a avut, îl are și îl va avea în modelarea sistemului normativ național, ne-am propus să punctăm câteva elemente care țin de activitatea CCR, deopotrivă jurisdicțională și administrativă, subliniind provocări și creionând o serie de perspective de reflecție pe ambele coordonate menționate. În elaborarea prezentului material se regăsesc, de altfel, aspecte pe care le-am sesizat în articole³ sau interviuri⁴ în care am susținut ideea de reformă a justiției constituționale, mai ales a procedurii jurisdicționale în fața Curții, a cărei nevoie o socotim mai vizibilă ca oricând.

II. Activitatea jurisdicțională a CCR

1. Câteva date statistice

Atribuțiile CCR au crescut în timp atât din punct de vedere numeric (după revizuirea Constituției în anul 2003), cât și din punct de vedere al consistenței.

Un reper de ordin cantitativ îl oferă datele statistice. Din examinarea datelor publicate pe pagina CCR referitoare la activitatea acestora de la înființare până la începutul anului 2023 constatăm următoarele⁵:

♦ **636 de sesizări în cadrul controlului legilor înainte de promulgare**, cu un „vârf” de activitate în anul 2020, când Curtea a soluționat 105 sesizări față de un număr de 2 (numărul cel mai mic de sesizări) înregistrat, de exemplu, în 2000 și 2003;

♦ **58 sesizări în cadrul controlului constituționalității regulamentelor Parlamentului**, între 1 și 5 sesizări pe an;

♦ **54.929 excepții de neconstituționalitate**, din care: 54.815 excepții ridicate în fața instanțelor judecătorești [potrivit art. 144 lit. c) din Constituție, respectiv art. 146 lit. d) teza întâi din Constituția republicată]; 114 excepții ridicate direct de Avocatul Poporului [potrivit art. 146 lit. d) teza a doua din Constituția republicată], cu un „vârf” de activitate în anul 2009, când Curtea a soluționat 8823 excepții, față de începutul activității CCR când, de exemplu în 1993 a soluționat 88 de excepții; acesta a fost de altfel și momentul care credem că a determinat singura modificare

³ De exemplu, *Aspecte procedurale privind soluționarea excepției de neconstituționalitate. Etapa contenciosului constituțional*, publicat în Revista română de jurisprudență (Universul Juridic) nr. 2/2022, pp. 234-252 sau *Activismul judiciar. Argumente pro și contra*, publicat în Revista română de jurisprudență (Universul Juridic) nr. 3/2022, pp. 407-415.

⁴ <https://www.juridice.ro/758709/marieta-safta-viitorul-constitutionalismului-in-romania-depinde-de-dezvoltarea-respectului-fata-de-constitutie-si-lege.html>.

⁵ A se vedea Activitatea CCR de la înființare până la 31 ianuarie 2003, https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2023/02/ActivitateRo_ian.pdf, accesat la 16 februarie 2022.

semnificativă mai recentă (2010) vizând procedura jurisdicțională de soluționare a excepțiilor de neconstituționalitate, în sensul eliminării obligativității suspendării cauzelor în care s-au ridicat excepțiile⁶;

♦ **55 cereri de soluționare a conflictului juridic de natură constituțională dintre autoritățile publice**, potrivit art. 146 lit. e) din Constituția republicată, între 1 și 8 sesizări pe an, începând cu anul 2005 (adică la doi ani de la data la care CCR a primit această atribuție);

♦ **506 contestații formulate în cadrul procedurii pentru alegerea Președintelui României** [potrivit art. 144 lit. d) din Constituție, respectiv art. 146 lit. f) din Constituția republicată], din care 43 în 1992, 132 în 1996, 70 în 2000, 50 în 2004, 41 în 2009, 84 în 2014 și 86 în 2019;

♦ **2 cereri pentru constatarea existenței împrejurărilor care justifică interimatul în exercitarea funcției de Președinte al României** [potrivit art. 146 lit. g) din Constituția republicată], din care 1 în 2007 și 1 în 2012;

♦ **3 propuneri de suspendare din funcție a Președintelui României** [potrivit art. 144 lit. f) din Constituție, respectiv art. 146 lit. h) din Constituția republicată], din care 1 în 1994, 1 în 2007 și 1 în 2012;

♦ **29 sesizări referitoare la respectarea procedurii pentru organizarea și desfășurarea referendumului** [potrivit art. 144 lit. g) din Constituție, respectiv art. 146 lit. i) din Constituția republicată], din care 3 în 2003, 6 în 2007, 2 în 2009, 7 în 2012, 5 în 2018 și 6 în 2019;

♦ **8 sesizări privind controlul îndeplinirii condițiilor pentru exercitarea inițiativei legislative de către cetățeni** [potrivit art. 144 lit. h) din Constituție, respectiv art. 146 lit. j) din Constituția republicată], din care 2 în 1994, 1 în 1996, 1 în 2004, 1 în 2007, 1 în 2009, 1 în 2014 și 1 în 2019;

♦ **1 sesizare privind constituționalitatea unui partid politic** [potrivit art. 144 lit. i) din Constituție, respectiv art. 146 lit. k) din Constituția republicată], în 2014;

♦ **77 sesizări privitor la alte atribuții prevăzute de legea organică a Curții potrivit art. 146 lit. l) din Constituția republicată** (controlul de constituționalitate al hotărârilor Parlamentului), din care 2 în 2010, 3 în 2011, 12 în 2012, 3 în 2013, 7 în 2014, 3 în 2015, 3 în 2016, 8 în 2017, 11 în 2018, 6 în 2019, 7 în 2020, 7 în 2021 și 5 în 2022.

Adăugăm faptul că, în continuare, există o atribuție în privința căreia CCR nu a fost sesizată, prevăzută de art. 146 lit. b) din Constituție, controlul constituționalității tratatelor internaționale.

Coroborând datele referitoare la evoluția numerică cu cele referitoare la termenele de soluționare a cauzelor (la acest moment fiind încă pe rolul Curții dosare înregistrate în anul 2019, astfel cum rezultă de pe aceeași pagină a CCR), putem conchide preliminar, în sensul nevoii evidente de identificare a unor soluții de răspuns la această situație, adaptate cauzelor de fond care, în opinia noastră, se înscriu pe două coordonate principale: de ordin procedural (multe cauzele repetitive și/sau inadmisibile⁷ – de unde nevoia de filtre) și substanțial (creșterea complexității cauzelor – de unde nevoia adecvării resurselor de personal). În condițiile unui astfel de volum de activitate și fără nicio adaptare legislative în sensul arătat, termenele procedurale⁸ reglementate de

⁶ A se vedea Legea nr. 177/2010 pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, a Codului de procedură civilă și a Codului de procedură penală al României, republicată în M. Of. nr. 672 din 4 octombrie 2010, cu modificările și completările ulterioare.

⁷ Pentru o situație sub acest aspect a se vedea T. Toader, M. Safta, *Ghid de admisibilitate la Curtea Constituțională a României*, Ed. Hamangiu, 2021.

⁸ A se vedea, de exemplu, art. 47 din Regulamentul aprobat prin Hotărârea Plenului CCR nr. 6/2012, publicat în M. Of. nr. 198 din data de 27 martie 2012, care stabilește, între altele, că „(6) În cazurile prevăzute la art. 146 lit. a) teza întâi, lit. b), c), d) și k) din Constituția României, republicată, termenul de depunere a raportului nu poate depăși, de regulă, 90 de zile de la data înregistrării sesizării. (7) În celelalte cazuri, termenul de depunere a raportului se stabilește ținându-se seama de termenele prevăzute de lege. (8) În situații excepționale, când urgența o impune,

Legea nr. 47/1992 capătă un caracter iluzoriu, afectând realizarea și credibilitatea justiției constituționale în ansamblu. Exemplele altor instanțe cvasiconstituționale, precum Curtea Europeană a Drepturilor Omului (CEDO), pot servi drept model pentru o viitoare reglementare.

2. Câteva reflecții privind evoluția atribuțiilor CCR

Numărul sesizărilor, distribuția lor de-a lungul timpului, precum și momentele tensionate de care nu a fost scutită nici una dintre atribuțiile CCR, în sensul de decizii/hotărâri controversate, sunt susceptibile de reflecție și conturare a unor idei vizând perspectiva justiției constituționale.

Astfel, dacă ar fi să ne referim la atribuția constând în controlul constituționalității legilor înainte de promulgare, diferența substanțială în ce privește numărul sesizărilor în diverse perioade de timp naște întrebarea legitimă dacă aceasta reflectă probleme de legiferare în perioada respectivă sau există alți factori care au influențat dinamica sesizărilor. Dacă analizăm mai departe situația autorilor sesizărilor, plasată în contextul politic al perioadei respective, putem avea o imagine mai clară, în sensul că această dinamică depinde foarte mult de implicarea actorilor publici în a căror competență intră sesizarea CCR, implicare influențată, la rândul său, de factori politici. O opoziție mai puternică sau executivul și legislativul cu configurații politice diferite au ca efect un număr mai mare de sesizări adresate CCR. Reglementări controversate, adoptate în asemenea contexte au determinat sesizări „în cascadă” ale CCR cu consecința unor reinterprețări, la limita revirimentului jurisprudențial, a limitelor de competență ale CCR în exercitarea acestei atribuții. Avem în vedere perioada 2017-2018, când sesizată în mai multe etape și de diverși subiecți de drept cu controlul de constituționalitate al modificărilor legilor justiției, CCR a circumstanțiat termenul în care poate fi sesizată cu privire la neconstituționalitatea unei legi înainte de promulgare. Astfel, CCR a stabilit, prin Decizia nr. 67/2018⁹, că o sesizare a Curții Constituționale „(i) va fi întotdeauna admisibilă dacă se realizează în interiorul termenelor legale de 5 zile, respectiv 2 zile, prevăzute de art. 15 alin. (2) din Legea nr. 47/1992, (ii) va fi admisibilă după depășirea termenului legal prevăzut de Legea nr. 47/1992, în interiorul termenelor de promulgare de 20 de zile, respectiv 10 zile, prevăzute de art. 77 alin. (1) și (3) din Constituție, însă condiționat de nepromulgarea legii, (iii) va fi admisibilă în ipoteza întreruperii termenului de promulgare, ca urmare a formulării în prealabil a unei alte sesizări de neconstituționalitate, doar dacă s-a realizat în interiorul termenului de promulgare de 20 de zile, respectiv de 10 zile, pe care titularul sesizării l-ar fi avut la dispoziție ipotetic, dacă nu ar fi intervenit cazul de întrerupere a procedurii promulgării. Dimpotrivă, dacă nu sunt întrunite condițiile cu privire la termenele stabilite de lege și de Constituție, sesizarea Curții va fi respinsă ca inadmisibilă”.

În ce ne privește împărțăm interpretarea exprimată în opinia separată¹⁰, în sensul că „atât Constituția, cât și textul art. 15 alin. (2) din Legea nr. 47/1992 – care dezvoltă cadrul constituțional instituit de art. 146 lit. a) – acordă prevalență exercitării controlului de constituționalitate a priori, având în vedere că acesta constituie un prim filtru esențial de asanare a legislației de eventualele vicii de neconstituționalitate, anterior intrării sale în vigoare și producerii de efecte juridice imposibil de evitat sau, în orice caz, într-o procedură mult mai îndelungată, pe calea excepției de neconstituționalitate, în cadrul controlului a posteriori. De aceea, Constituția nu prevede în cuprinsul art. 146 lit. a) un anumit termen de sesizare, ci face referire exclusiv la competența Curții de a se pronunța asupra constituționalității legilor, înainte de promulgare, indiferent că promulgarea s-a realizat în cadrul primei proceduri, prevăzută în

președintele Curții Constituționale poate dispune, după consultarea judecătorului-raportor, ca termenul prevăzut la alin. (6) să fie mai scurt”.

⁹ M.Of.nr. 223 din 13 martie 2018.

¹⁰ Autor Livia Doina Stanciu.

art. 77 alin. (1) din Constituție sau în cadrul procedurii reglementate în art. 77 alin. (3) din Constituție.” Suntem de acord, de asemenea, cu afirmația potrivit căreia „*Legea fundamentală oferă soluții care să răspundă unei eventuale necesități de dezamorsare a unui aparent blocaj în activitatea de legiferare, generat de posibile sesizări succesive asupra aceleiași legi, anterior promulgării sale. Soluțiile oferite de legiuitorul constituant — cu privire la sesizarea Curții Constituționale în cadrul controlului a priori de constituționalitate, respectiv până la data promulgării legii, conform procedurilor distinct prevăzute în art. 77 alin. (1) și (3) din Constituție — conciliază atât nevoia de fluidizare a activității de legiferare, cât și asigurarea dreptului fundamental de a sesiza Curtea Constituțională, și, în același timp, dă eficiență controlului de constituționalitate a priori, cu păstrarea limitelor și a cadrului constituțional stabilite de art. 146 și art. 77 din Legea fundamentală*”.

Considerăm că este de dorit ca în această etapă, a controlului *a priori*, prevalența în aprecierea cauzelor de inadmisibilitate a sesizărilor să o aibă natura *preventivă* a acestui control, menit să oprească pătrunderea în sistemul normativ a unor reglementări neconstituționale. Or, situația menționată, unică în peisajul controlului de constituționalitate *a priori*, constând în sesizări în cascadă în privința modificărilor acelorași legi, a determinat o interpretare apreciată în opinia separată citată ca fiind restrictivă în raport cu textul constituțional care reglementează acest tip de control (și care se referă doar la etapa legislativă „*înainte de promulgare*”, fără a stabili un termen). S-a definit astfel pe cale jurisprudențială un termen de sesizare a CCR, dedus printr-o interpretare sistematică ce nu este scutită de critici, așa cum rezultă și din aceeași opinie. Poate că o temă de reflecție ar fi „rezistența” judecătorului constituțional în raport cu conduita oscilantă a actorilor politici. Întrucât conduita respectivă poate însemna perioade de „asediu” ca număr de sesizări, sau, dimpotrivă, aproape lipsa sesizărilor, aprecierea mai largă sau mai restrictivă a competenței CCR nu ar trebui să fie influențată de acest număr. În plus, chiar sesizările „în cascadă” pot fi un indicator în sine pentru problemele unei legi, relevând un grad ridicat de lipsă de acceptare a acesteia, ale cărui cauze trebuie cumpănite cu înțelepciune. Justiția constituțională nu este și nu poate fi matematică.

În același registru de argumentare, considerăm că nu este acceptabilă nici introducerea unui termen imperativ de soluționare a cauzelor în control *a priori*, așa cum s-a propus la un moment dat¹¹. Reluăm și aici¹², pentru a contracara ideea eventualului beneficiu al unor termene stricte de soluționare a sesizărilor formulate cu privire la legi înainte de promulgare, faptul că o astfel de măsură face parte dintre mecanismele clasice de vulnerabilizare/presiune politică la adresa justiției constituționale. Reducerea atribuțiilor curților constituționale sau schimbarea procedurilor, de exemplu prin introducerea de termene scurte de soluționare pot constitui, sub aparența bunelor intenții, modalități de presiune și de afectare a activității/rolului curților constituționale. Curtea Constituțională a Republicii Moldova¹³ argumentează în acest sens într-o decizie unde, cu referire la instituirea unor termene mai restrânse de soluționare a sesizărilor, a arătat că «*eficacitatea acțiunii Curții, exercitată în conformitate cu competența stabilită prin art. 135 din Constituție, ca*

¹¹ <https://alba24.ro/curtea-constitutionala-ar-putea-fi-obligata-de-lege-sa-se-pronunte-in-30-de-zile-de-cand-a-fost-sesizata-proiect-legislativ-la-senat-552525.html>.

¹² M. Safta, *Independența judecătorilor - condiție a integrității dialogului judiciar în Uniunea Europeană*, în volumul CCR-CJUE. *Identități în dialog*, coord. V. Stoica, Ed. Universul Juridic, 2022.

¹³ Hotărârea nr. 18 din 02 iunie 2014 pentru controlul constituționalității Legii nr. 109 din 3 mai 2013 pentru modificarea și completarea unor acte legislative (Legea cu privire la Curtea Constituțională și Codul jurisdicției constituționale) (statutul judecătorilor, competențele și procedura Curții Constituționale) (Sesizarea nr. 34a/2014), preluat din Comunicatul postat la adresa <https://www.constcourt.md/libview.php?l=ro&idc=7&id=551&t=/Media/Noutati/Revocarea-judecatorilor-CCM-de-catre-Parlament-este-neconstitutionala>.

și în cazul oricăror litigii sau procese, este indisolubil legată de respectarea unor termene rezonabile. În caz contrar, jurisdicția constituțională ar risca să devină una iluzorie. Rezonabilitatea termenelor se determină în funcție de mai mulți factori: complexitatea cauzei, comportamentul instanței, comportamentul părților, comportamentul altor autorități implicate”. Curtea a reținut că normele respective „riscă să scurtcircuiteze activitatea Curții Constituționale, în special în contextul în care Parlamentul nu a prevăzut resursele necesare pentru a susține activitatea Curții Constituționale în acest sens și impunerea acestora a avut loc fără consultarea Curții și nici a societății sau a instituțiilor naționale și internaționale de resort”. În concluzie, Curtea a statuat, cu titlu de principiu, că „reglementarea termenelor de examinare și a procedurilor Curții Constituționale prin legi emise de Parlament vine în contradicție cu principiul independenței Curții. În practica altor state, normalitatea constă în autonomia regulamentară a Curții, aceasta având dreptul să-și aprobe propriile regulamente de procedură. (...) stabilirea unor termene excesiv de restrânse a fortiori afectează independența Curții și riscă să compromită examinarea completă a cauzelor și, respectiv, să golească de conținut funcția Curții de garant al Constituției».

În ceea ce privește controlul de constituționalitate al Regulamentelor parlamentare, acesta nu suscită mari comentarii (poate al eficienței în termeni de reacție pentru modificarea lor), însă atribuția CCR de control a celorlalte hotărâri ale Parlamentului, introdusă în 2010, a ridicat probleme sensibile. Pe lângă dificultatea circumstanțierii competenței CCR în exercitarea acestei atribuții, aș puncta ca temă de reflecție însăși problema reglementării, în sine, de noi atribuții ale CCR prin legea sa organică de organizare și funcționare. Observăm astfel că CCR a fost rezervată în privința atribuirii de noi competențe prin lege, opțiunea judecătorilor constituționali fiind atât la revizuirea Constituției în 2003, cât și la inițiativele ulterioare de revizuire a Constituției, în sensul reglementării atribuțiilor CCR expres și limitativ prin Constituție¹⁴. Considerăm că argumentele Curții sunt mai mult decât pertinente, și o viitoare reglementare constituțională ar trebui să țină seama de ele. Mai observăm că atunci când legiuitorul a dorit să „retragă” o atribuție instituită prin lege, CCR a opus constituționalizarea acesteia prin intermediul art. 146 lit. l) din Constituție, reținând, în esență, că «sensul normei de trimitere cuprinse în art. 146 lit. l) din Constituție, astfel cum rezultă din modul său de redactare – „îndeplinește și alte atribuții prevăzute de legea organică a Curții”, este acela de a permite legiuitorului sporirea, extinderea atribuțiilor instanței de contencios constituțional. De aceea, a interpreta norma fundamentală menționată, în sensul că legiuitorul ar avea posibilitatea de a limita, elimina sau reduce aceste atribuții, în detrimentul altor dispoziții fundamentale, echivalează cu golirea sa de conținut, respectiv cu deturnarea sa de la scopul perfecționării democrației constituționale, urmărit de însuși legiuitorul constituant cu prilejul revizuirii, ceea ce este absolut inacceptabil. Ca urmare, nicio modificare a atribuțiilor Curții Constituționale în temeiul art. 146 lit. l) din Legea fundamentală nu poate fi făcută dacă are ca efect suprimarea, în orice condiții și cu încălcarea unor norme fundamentale, a uneia dintre aceste atribuții. Sub acest aspect, chiar dacă atribuția privind controlul constituționalității hotărârilor Parlamentului a fost acordată Curții Constituționale prin legea sa organică, aceasta a dobândit valență constituțională în temeiul dispozițiilor art. 146 lit. l) din Constituție»¹⁵. Aceste statuări sunt, în sine, un argument pentru aceeași teză, a menținerii atribuțiilor CCR doar în Constituție. Dacă se optează pentru păstrarea

¹⁴ pentru dezvoltări, a se vedea M. Safta, *To be or not to be self-restraint? The role of the Constitutional Courts in shaping their powers and the consequences on constitutional reform* – disponibil on line https://revista.dedreptconstitutional.ro/wp-content/uploads/1contents/2022_2/Art05Revista_de_drept_constitutional_nr_2_2022_Safta.pdf

¹⁵ Decizia nr. 727/2012, M. Of. nr. 477 din 12 iulie 2012.

soluției constituționale actuale (a reglementării de noi atribuții prin lege organică), considerentele citate sunt un îndemn pentru serioasa cumpănire, în sensul ca opțiunile către noi atribuții să nu fie politice, conjuncturale.

Referitor la excepțiile de neconstituționalitate, este evident că reprezintă cea mai consistentă parte a activității CCR, ținând de substanța și rolul tradițional al justiției constituționale, și anume controlul constituționalității legilor și apărarea drepturilor și libertăților cetățenești. Dând expresie accesului cetățeanului la justiția constituțională, creșterea numărului excepțiilor de neconstituționalitate relevă faptul că CCR s-a impus în „viața cetății”, câpătând credibilitate. Cu atât mai mult această atribuție a CCR merită atenția legiuitorului, ca expresie a respectului pentru cetățean și valorile statului de drept. Aici cred că neglijarea de aproape două decenii a unei adaptări procedurale își spune pe deplin cuvântul, aspect asupra căruia vom reveni la următorul punct. O temă de reflecție vizând această atribuție ar putea fi cea a activismului judiciar. Care este marja judecătorului constituțional în circumstanțierea competenței sale de control al legii pe cale excepției de neconstituționalitate? Examinarea soluțiilor de inadmisibilitate pronunțate de-a lungul timpului și perioadele marcând poziționări constante opuse în interiorul Curții în privința limitelor de competență a instanței constituționale demonstrează că această marjă este foarte fluctuantă și disputată¹⁶. De asemenea, o temă „fierbinte” a perioadei recente este aceea a receptării dreptului UE în controlul de constituționalitate și, în sine, raporturile de norme în ordinea constituțională europeană, care se reflectă asupra justiției constituționale în ansamblu, ridicând problema relativizării obligativității deciziilor CCR, asupra căreia vom reveni, de asemenea.

În ceea ce privește atribuția CCR de soluționare a conflictelor juridice de natură constituțională, privită cu scepticism la introducerea sa, pentru riscul de a atrage Curtea în dispute politice, este remarcabil modul în care a propulsat instanța constituțională în atenția publică. Chiar dacă instanța constituțională a avut grijă să delimiteze conflictele juridice de cele politice, soluționarea unora dintre acestea a determinat tensiuni inclusiv în raporturile pe verticală, cu instanțele europene, așa cum demonstrează recentele așa numite „valuri”¹⁷ de trimeri preliminar la CJUE care au ridicat, între altele, și problema neaplicării unor decizii ale CCR, pronunțate fie în soluționarea unor excepții de neconstituționalitate, fie a unor conflicte juridice de natură constituțională¹⁸.

Referitor la calitatea de judecător electoral al Curții, în proceduri vizând alegerile și referendumul, nici aceasta nu a fost scutită de momente tensionate, precum cel din anul 2012, când așa numita cunoscută în spațiul public „erată”¹⁹ a determinat critici virulente. În ce ne privește, reținem o temă de reflecție care se referă la jurisprudența mai recentă, și anume referendumul consultativ din 2019 și inițiativele de revizuire a Constituției care au urmat. Amintim astfel că

¹⁶ a se vedea M. Safta, *To be or not to be self-restraint?*, op cit.

¹⁷ A se vedea R. Bercea, *Cântecul sirenelor. Curtea Constituțională a României ca Ulise dezvrăjit*, în *CJUE și CCR. Identități în dialog*, coord. V. Stoica, Ed. Universul Juridic, 2022, pp. 50-89.

¹⁸ a se vedea, de exemplu, Hotărârea CJUE din 21 decembrie 2021, în cauzele conexate C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 și C-840/19, în care s-a ridicat problema neaplicării unor decizii pronunțate de CCR între 2016 și 2019, și anume Decizia nr. 51/2016 din 16 februarie 2016 (cauza C-379/19), Decizia nr. 302/2017 din 4 mai 2017 (cauza C-379/19), Decizia nr. 685/2018 din 7 noiembrie 2018 (cauzele C-357/19, C-547/19 și C-840/19), Decizia nr. 26/2019 din 16 ianuarie 2019 (cauza C-379/19), precum și Decizia nr. 417/2019 din 3 iulie 2019 (cauzele C-811/19 și C-840/19).

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=F687EB8765193BB073B04E155497F8F5?text=&docid=251504&pageIndex=0&doclang=RO&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=805945>.

¹⁹ Îndreptarea unei erori material în cadrul uneia dintre hotărârile prin care s-au respins contestații la referendum; pentru întregul parcurs al aceluia referendum a se vedea Hotărârea nr. 6/2012, M. Of. nr. 616 din 27 august 2012.

„motorul” inițiativelor parlamentare de revizuire a Constituției menționate l-a constituit rezultatul unui referendum național consultativ inițiat de Președintele României. La acel referendum, s-au înregistrat 85,91% voturi valabile pentru răspunsul „DA”, la întrebarea vizând *„interzicerea amnistiei și grațierii pentru infracțiuni de corupție”* și 86,18% pentru răspunsul „DA”, la întrebarea vizând *„interzicerea adoptării de către Guvern a ordonanțelor de urgență în domeniul infracțiunilor, pedepselor și al organizării judiciare și extinderea dreptului de a ataca ordonanțele direct la Curtea Constituțională”*. Acel referendum a fost contestat la CCR, între altele, cu motivarea că obiectul referendumului a privit probleme care, potrivit art. 152 alin. (1) și (2) din Constituție, nu pot fi supuse revizuirii și nu pot face obiectul referendumului. Cu privire la aceste critici, CCR a observat însă se bazează pe abordarea nediferențiată a mai multor instituții constituționale și tipuri de referendum, în sensul că vizează revizuirea Constituției, inclusiv referendumul ca etapă a procedurii de revizuire, ipoteză juridică diferită de cea a referendumului consultativ. Potrivit Curții, dacă revizuirea Constituției nu poate încălca limitele revizuirii, astfel cum sunt reglementate de art. 152 din Constituție, nici referendumul pentru aprobarea legii de revizuire nu poate încălca limitele revizuirii, însă în cauză era contestat alt tip de referendum, și anume un referendum consultativ. Ca urmare, Curtea a reținut că analiza modului de respectare a limitelor revizuirii se realizează în cadrul atribuțiilor sale vizând revizuirea Constituției²⁰ și că criticile formulate excedează limitelor competenței Curții în exercitarea atribuției stabilite de art. 146 lit. i) din Constituție²¹, respectiv de a veghea la organizarea și desfășurarea referendumului. Forțele politice reprezentate în Parlament au promovat însă inițiative de revizuire a Constituției care să valorifice opțiunile populare exprimate la referendumul consultativ. Aceste inițiative au fost constatate, în parte, neconstituționale²². Se ridică astfel întrebarea utilității referendumului consultativ, fiind oarecum previzibil faptul că parte a problematicii supusă referendumului ar ridica probleme de constituționalitate în cazul în care ar îmbrăca forma unei revizuirii a Constituției. Este adevărat că în aceeași hotărâre prin care a confirmat rezultatele referendumului²³ CCR a subliniat că efectele referendumului inițiat de Președintele României nu sunt juridice, ci politice, de orientare a autorităților publice, abordare ce se poate concretiza „în diverse măsuri ale autorităților publice, fără a impune o opțiune pentru o categorie sau alta de măsuri, cum ar fi revizuirea Constituției”. Văzând însă evoluțiile ulterioare în sensul continuării, de exemplu, a adoptării de ordonanțe de urgență în domeniile vizate de referendum, rezultă că acest efect „politic” de orientare a autorităților atribuit referendumului consultativ poate să nu aibă absolut nicio semnificație în condițiile pasivității actorilor politici. În lipsa unor măsuri concrete, referendumul consultativ devine un pur sondaj de opinie sau un instrument utilizat pentru a consolida o poziție politică la un moment dat²⁴, adică exact ceea ce Curtea a statuat că nu trebuie să fie un referendum. În plus, pentru cetățenii participanți la ambele exerciții democratice, este dificil de înțeles de ce cu prilejul referendumului opțiunile lor au primit o confirmare sub forma validării referendumului de către Curtea Constituțională, însă ulterior aceleași opțiuni, transpuse

²⁰ Hotărârea nr. 2/2019, M. Of. Nr. 803 din 3 octombrie 2019.

²¹ *Ibidem*.

²² Pl-x nr. 331/2019, Propunere legislativă de revizuire a Constituției României, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?cam=2&idp=17975: „încetarea procedurii legislative prin neîncadrarea în prevederile art. 63 alin. (5) din Constituția României revizuită” BP 01-02-2021 și Pl-x nr. 332/2019, Propunere legislativă pentru revizuirea Constituției României, http://www.cdep.ro/pls/proiecte/upl_pck2015.proiect?cam=2&idp=17976, „încetarea procedurii legislative prin neîncadrarea în prevederile art. 63 alin. (5) din Constituția României revizuită” BP 01-02-2021.

²³ Hotărârea nr. 2/2019, M. Of. nr. 803 din 3 octombrie 2019.

²⁴ În cazul României, președinții de stat, întrucât referendumul consultativ poate fi inițiat doar de Președintele României.

într-o propunere de revizuire a Constituției, au fost constatate neconstituționale. Credem că se impune o circumstanțiere a competenței CCR în privința referendumului consultativ, care să se coreleze mai clar/ferm cu limitele revizuirii Constituției.

O altă atribuție care a ridicat semne de întrebare sub aspectul reglementării este cea a avizului consultativ în procedura de suspendare a Președintelui României, criticat și de Comisia de la Veneția în anul 2012 când a reținut, între altele, că „*procedura de suspendare a Președintelui confundă într-un mod destul de ciudat responsabilitatea juridică cu cea politică. Prin aceasta se cere ca Președintele să răspundă politic în fața Parlamentului și a electoratului, deși motivele de demitere sunt formulate într-un mod care invocă răspunderea juridică. Rolul Curții Constituționale în cadrul acestei proceduri este, de asemenea, destul de neclar. Dacă se decide menținerea sa, procedura prevăzută la art. 95 din Constituție privind suspendarea Președintelui ca atare ar trebui să vizeze clar responsabilitatea juridică, care să fie inițiată de Parlament, dar să fie soluționată de către o instanță*”²⁵.

Poate cea mai spinoasă dintre probleme în prezent, este aceea a efectelor deciziilor CCR, în contextul dezbaterilor vizând supremație versus prioritate a dreptului UE. Succesiunea de Hotărâri de notorietate ale CJUE (cauzele C-357/19 – *Euro Box Promotion* și alții sau C-430/21 RS), recente noi legi ale justiției și, din perspectivă lor, raporturile pe orizontală între judecătorul constituțional și cel de la instanțele de drept comun, sunt departe de a fi clarificate. Sunt de salutat inițiativele de organizare a unor conferințe pe aceste teme specifice și dialogul restabilit între Curți. Astfel, este remarcabil volumul apărut la finalul anului trecut sub coordonarea profesorului Valeriu Stoica, care a strâns laolaltă opiniile teoreticienilor și practicienilor vizând raporturile între ordinele juridice și instanțele constituționale în cadrul UE, dar și mari întrebări pe aceste subiecte. Considerăm că discuțiile pe aceste teme ar trebui să pornească de la o necesară clarificare terminologică, așa cum profesorul Valeriu Stoica arăta în debutul articolului publicat în coautorat²⁶ în volumul Conferinței menționate: „*În dreptul constituțional, supremația este calitatea Legii fundamentale, în raport cu care se apreciază validitatea normelor infraconstituționale. Această calitate explică invalidarea normelor juridice neconforme cu Legea fundamentală pe calea controlului a priori sau a posteriori de constituționalitate. Neconformitatea cu dreptul european nu invalidează norma juridică internă, ci o înlătură de la aplicare în cazul dedus judecății, iar dreptul european este aplicabil cu prioritate. Acesta este termenul utilizat în art. 148 alin. (2) din Constituție. Efectul invalidării este general pentru viitor, aplicarea prioritara este particulară, limitată la cazul dedus judecății în fața instanței de judecată interne*”. Remarcăm inițiativa CCR de anul trecut, într-o nouă compunere și cu o nouă conducere, de relansare a dialogului cu CJUE prin întâlnirea directă a reprezentanților celor două Curți²⁷.

Procedura jurisdicțională

Curtea Constituțională a fost înființată în anul 1992 și tot de atunci datează și legea sa de organizare și funcționare, ceea ce reprezintă, în sine, o temă de reflecție. Este adevărat că de-a lungul timpului au fost aduse modificări și completări acestei legi, urmare cărora a fost republicată de trei ori, în 1997²⁸, 2004²⁹ și 2010³⁰. Examinând aceste versiuni ale legii din 1992 realizăm că

²⁵ <https://www.ccr.ro/wp-content/uploads/2021/01/aviz2012.pdf>.

²⁶ V. Stoica, D. Bogdan, C. Pintilie, *Un dialog posibil și necesar: o introducere*, în volumul *CJUE și CCR. Identități în dialog*, Ed. Universul Juridic, 2022, p. 9.

²⁷ <https://www.ccr.ro/comunicat-de-presa-30-septembrie-2022-2/>.

²⁸ M. Of. nr. 187/7 august 1997.

²⁹ M. Of. nr. 643/16 iulie 2004.

³⁰ M. Of. nr. 807/3 decembrie 2010.

de aproape două decenii, adică din 2004, nu sunt modificări semnificative sub aspect procedural în ceea ce privește etapa contenciosului constituțional în fața CCR.

Modificările mai recente au vizat consolidarea statutului judecătorilor constituționali (a se vedea Legea nr. 168/2018 pentru modificarea și completarea Legii nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale³¹ cu noi reguli privind imunitatea³², posibilitatea ca după încetarea mandatului ca urmare a expirării termenului pentru care a fost numit, judecătorul Curții Constituționale să poată opta pentru intrarea în avocatură sau notariat, fără examen, pensia de serviciu. Fără a contesta importanța acestor modificări, arătăm însă că pentru activitatea jurisdicțională a Curții nu s-a manifestat o preocupare care să se concretizeze în măsuri legislative. Întâmpinând probleme ce țin de procedura jurisdicțională, Plenul Curții Constituționale a adoptat de-a lungul timpului o serie de hotărâri (în exercitarea atribuției de asigurare a bunei desfășurări a activității Curții) care au mai fluidizat activitatea, dar în mod evident nu în substanța sa, întrucât Plenul nu poate și nu trebuie să se substituie legiuitorului. Cea mai recentă intervenție a Plenului CCR vizează modificarea procedurii de citare/înștiințare în fața Curții, care distinge între autori (citați) și părți (înștiințate, în sensul doar de afișare a pe pagina de internet a Curții Constituționale a termenelor de judecată stabilite în dosarele Curții Constituționale.), pe care o considerăm cel puțin susceptibilă de îmbunătățiri³³. O realizare remarcabilă a CCR o reprezintă constituirea și

³¹ M. Of. nr. 595/12 iulie 2018.

³² Amintim aici consistenta opinie separată, semnată de trei judecători ai CCR, la decizia prin care Curtea s-a pronunțat în control a priori asupra acelei legi, judecători care au arătat că „intervenția Plenului Curții Constituționale în analiza cererii de încuviințare a ridicării imunității judecătorului constituțional (inclusiv pentru faptele penale ce s-ar comite de acesta și care nu au legătură cu exercițiul mandatului), printr-un vot atât de restrâns, doar al celor nouă Judecători ai Curții, din care face parte și Judecătorul pentru care s-a solicitat aplicarea unor măsuri procesuale penale și care are și drept de vot, va conduce la scăderea încrederii cetățenilor în activitatea Curții Constituționale, aspect fundamental pentru asigurarea legitimității justiției constituționale într-un stat de drept, creând practic imaginea existenței unor „super judecători” care beneficiază de a imunitate extinsă. De aceea, în doctrină s-a subliniat deseori necesitatea ca orice putere să fie contrabalansată, pentru a nu se reconfigura într-o supraputere. Aceasta a fost, de altfel, și rațiunea pentru care legiuitorul în dispozițiile art. 66 alin. (1) din Legea nr. 47/1992 (s.n. în forma în vigoare, în prezent) a atribuit competență decizională, cu privire la încuviințarea măsurilor procesuale împotriva judecătorului constituțional (arestare sau trimitere în judecată penală), Biroului permanent al Camerei Deputaților, al Senatului sau Președintelui României, după caz, și nu Plenului Curții Constituționale.” Decizia nr. 136/2018, M. Of. nr. 383 din 4 mai 2018.

³³ A se vedea *Hotărârea Plenului Curții Constituționale nr. 9/2021, M. Of. nr. 702 din 15 iulie 2021; pct.19: 19.La articolul 49, alineatele (1)-(3) se modifică și vor avea următorul cuprins: „Art. 49 (1) Sub îndrumarea magistratului-asistent, greșierul întocmește fișa privind procedura de înștiințare a părților și a Ministerului Public.(2) Întocmirea fișei privind procedura de înștiințare, emiterea citațiilor și înștiințarea părților se fac imediat după fixarea termenului de judecată, pentru cauzele de natură urgentă, sau cel mai târziu a doua zi lucrătoare, în celelalte cauze. Greșierii care îndeplinesc aceste proceduri vor face mențiune, pe fișa privind procedura de înștiințare, despre data realizării acestora. (3) În cauzele privind soluționarea excepției de neconstituționalitate, înștiințarea autorilor excepției de neconstituționalitate se face prin citare. Comunicarea citației se realizează prin scrisoare recomandată cu confirmare de primire, precum și prin alte modalități operative, respectiv telefonic, telegrafic, prin fax, poștă electronică sau prin orice alt mijloc de comunicare ce asigură, după caz, înștiințarea pentru prezentarea la termen, precum și confirmarea primirii acesteia, dacă autorii excepției de neconstituționalitate au indicat instanței datele corespunzătoare în acest scop. Comunicarea citației va fi însoțită de semnătura electronică extinsă a instanței care va înlocui ștampila instanței și semnătura greșierului de ședință din mențiunile obligatorii ale citației. Dacă încunoștințarea s-a făcut telefonic, greșierul va întocmi un referat în care va arăta modalitatea de încunoștințare și obiectul acesteia.” pct. 22.«La articolul 49, după alineatul (5) se introduce un nou alineat, alineatul (5¹), cu următorul cuprins: ”(5¹) În cauzele privind soluționarea excepției de neconstituționalitate, înștiințarea părților, altele decât autorii excepției de neconstituționalitate, se face prin afișarea pe pagina de internet a Curții Constituționale a termenelor de judecată stabilite în dosarele Curții Constituționale.”»*

buna funcționare a dosarului electronic precum și asigurarea accesului părților la dosar, pe bază de cerere, încă din etapa premergătoare dezbaterilor.

Am mai remarcat că dezbaterile din spațiul public au abordat în timp teme precum numirea judecătorilor sau atribuțiile instanței constituționale. Sunt subiecte extrem de importante, însă deopotrivă sunt problemele legate de încărcarea rolului Curții și creșterea duratei de soluționare a cauzelor. Există loturi apreciable de dosare cu același obiect, precum și, așa cum o demonstrează soluțiile pronunțate, multe cauze inadmisibile, unde Curtea nu intră în examinarea fondului excepțiilor de neconstituționalitate. Efortul de gestionare din punct de vedere procedural al acestor cauze este disproporționat în raport cu deciziile pronunțate, care, de regulă, nu fac decât să trimită la precedentele Curții în materie. Se consumă aceleași resurse materiale și umane precum în dosarele unde sunt probleme noi, complexe, unde se examinează fondul criticilor, câtă vreme nu există o procedură de filtru, în sensul de simplificare/celeritate.

Identificarea de soluții procedurale pentru aspectele menționate ar facilita concentrarea efortului și atenției către cauzele care presupun examinarea fondului sesizărilor de neconstituționalitate, cu consecința, deopotrivă, a reducerii duratei de soluționare a dosarelor înregistrate pe rolul Curții. În unele lucrări, precum *Ghid de admisibilitate la Curtea Constituțională a României* (în coautorat³⁴) sau *Redactarea și motivarea deciziilor Curții Constituționale*³⁵ am relevat aspecte susceptibile de reformă, inclusiv structura de personal a Curții Constituționale.

IV. Perspective

Am intitulat studiul nostru *Justiția constituțională în tranziție* pentru că, așa cum relevă reperele enunțate, justiția constituțională a parcurs și ea în aceste decenii o tranziție, perioade de lămurire, de limpezire.

Examinând jurisprudența conturată în exercitarea fiecăreia dintre atribuțiile CCR se constată că de-a lungul timpului s-au conturat veritabile „doctrine” de drept constituțional și s-au rafinat instrumentele de realizare a controlului de constituționalitate, un rol important avându-l și receptarea jurisprudenței altor instanțe constituționale, precum și a jurisprudenței CEDO și CJUE. Permanent sunt momente de căutări, de acumulări, însă ultimii ani au venit cu noi provocări, cu creșterea complexității cauzelor supuse soluționării Curții Constituționale, într-un peisaj juridic adesea turbulent, mai ales atunci când vorbim de intervenția unor factori de modelare a dreptului neașteptați, precum pandemia Covid-19. De asemenea, „armonia” în Europa, într-un sistem caracterizat ca fiind constituționalism pe mai multe niveluri se dovedește în continuare o mare provocare.

Este, credem, evident că în ultimul deceniu legiuitorul nu prea a „pus umărul”, în sensul de a reglementa activitatea CCR în acord cu aceste evoluții. Atât pe componenta substanțială cât și procedurală a activității Curții, multe elemente care configurează etapa contenciosului constituțional s-au conturat pe cale jurisprudențială. Din această perspectivă se poate afirma că instanța constituțională română și instanțele constituționale în general sunt veritabili arhitecți ai propriei competențe. În legislația românească, temeiul unor astfel de ajustări îl constituie art. 3 din Legea 47/1992 privind organizarea și funcționarea CCR, potrivit căruia „(1) Atribuțiile Curții Constituționale sunt cele stabilite de Constituție și de prezenta lege. (2) În exercitarea atribuțiilor care îi revin Curtea Constituțională este singura în drept să hotărască asupra competenței sale. (3) Competența Curții Constituționale, stabilită potrivit alin. (2), nu poate fi contestată de nicio

³⁴ T. Toader, M. Safta, Ed. Hamangiu, 2020.

³⁵ M. Safta – *Revista Universul Juridic*, 2021, <https://www.universuljuridic.ro/redactarea-si-motivarea-deciziilor-curtii-constitutionale/>.

autoritate publică.” Este de reflectat însă care este marja judecătorului constituțional în definirea competenței sale. Cu cât acceptăm că marja este mai mare (și se pare că așa stau lucrurile, mai ales că nu este admisă sub acest aspect contestarea de nicio autoritate publică), cu atât trebuie să reflectăm mai serios la numirea judecătorilor constituționali, la profilul judecătorului constituțional.

Într-unul dintre studiile citate, cu referire la dezvoltarea constituționalismului în ansamblu prof Mircea Duțu arăta că *„referitor la marile provocări ale prezentului și, mai ales, ale viitorului, rămân și își caută rezolvări de etapă și pe cât posibil definitive cu prioritate cele legate de integrarea europeană și afirmarea globalizării, inclusiv juridice. Ca stat integrat România, îndeosebi prin jurisprudența CCR, este pe cale a-și recunoaște și afirma propria identitate constituțională (...). În același context, se ridică problema dilemelor pe care le generează constituționalismul economic unional-european care se cuvine raportat și armonizat cu elementele de aceeași natură cuprinse în legea fundamentală și nuanțate în dezvoltările jurisprudențiale ale Curții Constituționale. Cu asemenea adecvări și ajustări, constituționalismul în ipostaza sa românească își cristalizează noi dimensiuni și își consolidează rolul de progres socio-instituțional și juridic complex”*³⁶.

Pentru a răspunde acestor provocări este necesară și o justiție constituțională consolidată, cu un nou cadru legal de organizare și funcționare. Credem că la acest moment s-au adunat suficiente experiențe, atât din punct de vedere substanțial cât și procedural pentru realizarea unei reglementări care să le valorizeze în beneficiul controlului de constituționalitate și rolului său într-o societate democratică. Controlul de constituționalitate european, instituție democratică nouă, instituită prin Constituția din 1991 s-a impus în această perioadă, așa încât nu credem că este nevoie de „cantitate” pentru a demonstra locul său. Dezvoltările trebuie să fie calitative, de substanță, de rafinament juridic. Ca atare, intervenția legiuitorului, pentru necesare reglaje, este mai mult decât dezirabilă, impunându-se o atentă analiză și soluții legislative menite să eficientizeze activitatea Curții Constituționale, facilitând astfel accesul la justiția constituțională în ansamblu.

³⁶ *Nașterea, evoluția și perspectivele de afirmare ale constituționalismului românesc. Apartenență europeană și puternică vocație națională*, publicat în „STUDII ȘI CERCETĂRI JURIDICE” nr. 3/30 septembrie 2022.

Suveranitatea națională și puterea de stat în contextul integrării euroatlantice a României

[National Sovereignty and State Power in The Context of Romania's Euroatlantic Integration]

Lect. univ. dr. Marius ANDREESCU*

Abstract: *From the terminological point of view, but with different implications and content from a conceptual point of view, the doctrine uses the notions of popular sovereignty, national sovereignty and state sovereignty. The sovereignty of the people represents the right of the people to decide on their fate, to establish the political line of the state and the composition of its organs and to control their activity. Ideally, in the society where state power truly belongs to the entire people, the sovereignty of the people is identified with the sovereignty of the state. National sovereignty is based on the sociological idea of a nation considered as a legal entity that has its own will, distinct from that of the people who temporarily compose it at the present time, a will that is expressed through the representatives of the nation designated by electoral procedures. State sovereignty is one of the general features of power and the state and implicitly one of the constitutive elements of the state. In this sense, sovereignty is the right of the state to decide freely in everything that means internal and external politics. In the context of the Euro-Atlantic integration of Romania, the report, the internal legal and constitutional order, and on the other hand the application of the principle of priority of European Union law involves numerous legal problems and a new conception of national sovereignty. In this study we refer to the most relevant aspects of doctrine and jurisprudence regarding the relationship between the internal constitutional order and European Union law.*

Keywords: *National Sovereignty; State Power; State Characters and Attributes; The Relationship Between the Internal Constitutional Order and European Union Law*

I. Suveranitatea și puterea de stat. Scurte considerații

Din punctul de vedere terminologic, dar cu implicații și conținut diferit din punct de vedere conceptual, în doctrină se utilizează noțiunile de suveranitate populară, suveranitate națională și suveranitate de stat.

Suveranitatea poporului reprezintă dreptul poporului de a decide asupra sorții sale, de a stabili linia politică a statului și alcătuirea organelor lui și de a controla activitatea acestora. În mod ideal, în societatea în care puterea de stat aparține în mod real întregului popor, suveranitatea poporului se identifică cu suveranitatea de stat.

Suveranitatea națională se fundamentează pe ideea sociologică de națiune considerată ca persoană juridică ce dispune de o voință proprie, distinctă de cea a persoanelor care o compun temporar la timpul prezent, voință care se exprimă prin reprezentanții națiunii desemnați prin proceduri electorale.

Suveranitatea de stat este una din trăsăturile generale ale puterii și a statului și implicit unul din elementele constitutive ale statului. În această accepțiune, suveranitatea este dreptul statului de a decide liber în tot ceea ce înseamnă politică internă și politică externă.

Suveranitatea ca trăsătură și element constitutiv al statului are ca trăsături:

1. Supremația, în sensul că puterea organizată statal este superioară oricărei alte forme de autoritate internă și voința guvernanților se realizează ca voință obligatorie pentru întreaga societate;

* Universitatea din Pitești, Facultatea de Științe Economice și Drept; andreescu_marius@yahoo.com.

2. Independența față de orice putere statală sau autoritate exterioară statului.

Definirea conținutului suveranității prin supremație și independență nu înseamnă divizarea suveranității în părți distincte, fapt ce ar fi contrar față de caracterul unic și indivizibil al suveranității și implicit al puterii de stat.

Independența ca trăsătură a suveranității de stat nu are consecința acceptării unei comportări arbitrare a statului în planul relațiilor internaționale sau ignorarea principiilor dreptului internațional public. De aceea, independența trebuie înțeleasă și interpretată în strânsă corelație cu principiile egalității, coexistenței și cooperării statelor.

Conceptul de suveranitate cuprinde în conținutul său *caracterele și atributele statului*

Noțiunea de caractere ale statului desemnează o trăsătură definitorie a statului care îi conferă acestuia o individualitate proprie și care îl deosebește de un alt stat.

Caracterele statului au o dublă semnificație:

1. Valorică-istorică. Caracterele se formează pe parcursul evoluției sale și sunt exprimate de trăsăturile generale ale societății în care statul ființează, respectiv particularitățile etnice, de tradiții culturale și spirituale, dimensiunile comunității de limbă și spiritualitate ale societății, gradul de omogenitate socială sau, după caz, diversitatea etnică lingvistică și culturală, și nu în ultimul rând tradițiile istorice privind organizarea statală, aspirațiile spre independență, suveranitate și unitate.

2. Semnificația politico-juridică. Caracterele statului sunt exprimate în norme constituționale cu valoare de principiu. Reglementările constituționale privind caracterele statului au valoare normativă, chiar dacă se referă și consacră valori esențiale ale societății organizate statal, deoarece au forță juridică, impun reguli de conduită ce caracterizează puterea statală și chiar organizarea societății în stat.

Nu există similitudine între noțiunile de caractere ale statului și aceea de elemente ale statului.

Elementele constitutive ale statului sunt identice pentru toate statele, ele reprezentând factori fără de care puterea de stat nu poate să existe. Populația, teritoriul și puterea politică reprezintă elementele constitutive ale statului, identice pentru orice stat, definitorii pentru acesta.

Caracterele statului sunt formele de exprimare și de realizare a valorilor sociale și statale fundamentale care determină conținutul elementelor constitutive ale statului, le conferă acestora substanță, le individualizează, au un caracter concret, și în consecință pot diferi de la un stat la altul.

În literatura de specialitate se face distincție între caracterele și atributele statului.

Conceptul de caracter al statului se referă în special la configurarea trăsăturilor intrinseci ale acestuia, pe când atributele depind de regimul politic existent la un moment dat în statul respectiv. Acestea exprimă și sunt determinate de voința legiuitorului constituant. Exemple de atribute ale statului: stat democratic, stat de drept, stat pluralist, stat social etc.

Caracterele și atributele statului român sunt consfințite în art. 1 alin. (1) din Constituția României din 1991, multe dintre acestea fiind exprimate normativ și în unele din constituțiile anterioare, deoarece reprezintă valori esențiale, permanente ale organizării statale a poporului român.

Suveranitatea este o trăsătură a puterii de stat. De altfel în doctrină suveranitatea este identificată cu puterea statală fiind definită ca „putere organizată a poporului”.

În practica și teoria sistemelor constituționale categoria cea mai des întâlnită este aceea de *PUTERE*, care apare în exprimări nuanțate precum putere politică, puterea de stat, puteri politice, autoritatea statală etc. Indiferent de abordarea conceptuală, puterea ca realitate statală este esențială în organizarea societății umane. De aceea, obținerea puterii este scopul fundamental al revoluțiilor și mișcărilor sociale.

Există o legătură strânsă între categoriile constituționale de putere – popor – națiune. Pentru a evidenția această legătură, puterea este exprimată și prin termenul de suveranitate. Astfel, constituțiile moderne proclamă în exprimări normative diferite că puterea aparține poporului, sau proclamă că suveranitatea emană sau aparține națiunii.

Noțiunea de putere, așa cum este studiată de dreptul constituțional, desemnează ansamblul sau sistemul relațiilor de putere constituite într-o societate istoricește determinată, exprimând autoritatea pe care un individ sau un grup de indivizi o au asupra altora, pentru realizarea unui scop comun, asumat de membrii colectivității, sau impus acestora de către cei care exercită puterea.

1. Puterea nu este o simplă relație a omului cu lumea exterioară, sau o relație social abstractă, ci exprimă autoritatea lui în raport cu alții.

2. Autoritatea exprimă atât ideea de forță, puterea de a comanda și a dispune, cât și cadrul instituțional prin care această idee se materializează.

3. În esența sa, puterea în general, dar și forma ei juridică puterea de stat de stat este un fenomen relațional. Privită ca și concept, în sens general de autoritate în conținutul unei relații de subordonare a unei subiect față de altul, preexistă formelor ei de manifestare. În starea socială sau juridică a omului este considerată o energie care păstrează esența sa naturală, ontologică. Atât în starea naturală, cât și în starea socială sau juridică a omului, puterea poate fi percepută și cunoscută numai prin manifestările ei fenomenale concrete într-un cadru relațional, care se stabilește între: a) subiectul puterii, respectiv cel care exercită puterea și b) obiectul puterii, acela care este obligat să suporte puterea și să-și coordoneze propria voință după voința subiectului care exercită puterea. Acest cadru relaționar este determinat de scopul puterii, care poate fi liber asumat de către subiectul pasiv, sau resimțit ca o presiune exterioară de către acesta.

În literatura de specialitate s-au elaborat numeroase teorii privind esența și necesitatea statului, funcțiile statului, formele organizatorice statale, legitimitatea acestuia. Indiferent care este abordarea doctrinară a acestei noțiuni și realități în același timp, există un punct de vedere comun, respectiv acela că statul nu poate fi înțeles decât ca putere de stat, caracteristicile statului sunt și caracteristicile puterii, iar organizarea statală, respectiv instituțiile statului trebuie să răspundă cât mai eficient scopului fundamental al acestora, respectiv acela de a exprima puterea.

O definiție cuprinzătoare a noțiunii de stat o propune marele filozof și jurist Kelsen, el considera că statul poate fi caracterizat ca ordine juridică de constrângere, ca putere de comandă și ca voință distinctă de cea a indivizilor. Statul este formula de existență a unei societăți, popor sau națiune.

Această definiție permite sublinierea unei caracteristici de esență a statului, indiferent care ar fi forma acestuia respectiv ca:

- ordine juridică, în sensul că statul nu poate fi în afara dreptului, iar ca mod de existență reprezintă o formulă instituțională, organizată pe baze juridice și totodată impune propria sa ordine de drept societății;

- ca putere de comandă, în sensul că principala funcție a statului este aceea de a exprima autoritatea sub forma puterii de stat și de a exercita prin aceasta conducerea societății la nivel macro și micro-social;

- ordine juridică de constrângere, în sensul că esența existenței puterii statale o constituie existența mijloacelor de constrângere, chiar dacă acestea nu sunt întotdeauna aplicate;

- puterea de stat este distinctă de voința indivizilor, este o caracteristică importantă a statului, deoarece organizarea instituțională a acestuia, pe baze juridice proprii, presupune existența propriei voințe a organelor de stat, exprimată atât politic cât și juridic și care să fie diferită, nu neapărat opusă, față de aceea a subiectelor pasive care se supun puterii statale.

Problema legitimității puterii și implicit a statului este fundamentală pentru a înțelege natura raporturilor dintre guvernanți și guvernați. În încercarea de a legitima puterea, adică de a explica sursa și fundamentul acesteia, au fost elaborate extrem de multe și variate teorii, asupra cărora nu ne oprim în acest studiu.

II. Relația dintre ordinea juridică și constituțională internă iar pe de altă parte dreptul Uniunii Europene

Constituția României realizează distincția între principiul supremației legii fundamentale, iar pe de altă parte, principiul priorității dreptului Uniunii Europene față de dreptul național. Astfel, dispozițiile art. 1 alin. (5) din Constituție consacră principiul supremației legii fundamentale: „În România respectarea Constituției, a supremației sale și a legilor este obligatorie”. Aceste principii nu poate fi confundat cu cel al priorității dreptului Uniunii Europene față de reglementările contrar din legile interne consacrat de art. 148 alin. (2) din Constituție.

Jurisprudența Curții Constituționale a României reflectă această diferență.

Prin DCC nr. 148 din 16 aprilie 2003 privind constituționalitatea propunerii legislative de revizuire a Constituției României, instanța noastră constituțională realizează în mod clar distincția dintre supremația Constituției și principiul priorității dreptului Uniunii Europene, afirmând: „Consecința aderării pleacă de la faptul că statele membre ale Uniunii Europene au înțeles să situeze acquisul comunitar, tratatele constitutive ale Uniunii Europene și reglementările derivate din acestea pe o poziție intermediară între Constituție și celelalte legi atunci când este vorba de acte normative europene obligatorii”. În literatura juridică de specialitate, cu referire la dispozițiile art. 148 din Constituție și în conformitate cu decizia nr. 148 din 16 aprilie 2003, s-a precizat: „Prin urmare, se poate afirma că în ordinea juridică internă actul juridic prin care România aderă la Uniunea Europeană are forță juridică inferioară Constituției și legilor constituționale, dar superioară legilor organice și ordinare”¹.

În jurisprudența sa ulterioară Curtea Constituțională pare să fi renunțat la această deosebire fundamentându-i deciziile numai pe principiul priorității dreptului Uniunii Europene².

Cu toate acestea, prin DCC nr. 1258 din 8 octombrie 2009³, pe care o considerăm ca având o importanță istorică în jurisprudența constituțională ulterioară, Curtea constată că o lege internă prin care se transpune în dreptul intern o directivă a Uniunii Europene este neconstituțională. O astfel de soluție, în opinia noastră, consacră principiul supremației Constituției și obligativitatea respectării acesteia în raport cu principiul priorității dreptului Uniunii Europene.

Prin decizia cu numărul de mai sus, instanța constituțională a constatat că dispozițiile Legii nr. 298/2008 (M. Of. nr. 780 din 21 noiembrie 2008) sunt neconstituționale. Din considerentele deciziei rezultă că Legea nr. 298/2008 a fost adoptată pentru a transpune în planul legislației naționale Directiva 2006/24/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 15 martie 2006 privind păstrarea datelor generate sau prelucrate în legătură cu furnizarea serviciilor de comunicație electronice accesibile publicului sau de rețele de comunicații publice. Curtea se referă la regimul juridic al unor astfel de acte comunitare, subliniind că: „(...) impune obligativitatea sa pentru statele membre ale Uniunii Europene în privința soluției juridice reglementate, nu și în ceea ce privește modalitățile concrete prin care se ajunge la acest rezultat, statele beneficiind de o marjă

¹ M. Constantinescu, A. Iorgovan, I. Muraru, E.S. Tănăsescu, *Constituția României revizuită – comentarii și explicații*, Ed. All Beck, București, 2004, p. 331.

² A se vedea, în acest sens: DCC nr. 308/2006, publicată în M. Of. nr. 390 din 5 mai 2006; DCC nr. 59/2007, publicată în M. Of. nr. 98 din 8 februarie 2007; DCC nr. 1042/2007, publicată în M. Of. nr. 12 din 8 februarie 2008 și DCC nr. 1172/2007, publicată în M. Of. nr. 54 din 23 ianuarie 2008.

³ Publicată în, M. Of. nr. 798 din 23 noiembrie 2009.

largă de apreciere în scopul adoptării acestora la specificul legislației și realităților naționale”. Examinând conținutul Legii nr. 298/2008, Curtea a constatat că acest act normativ este de natură să afecteze exercițiul drepturilor sau al libertăților fundamentale, respectiv dreptul la viață intimă, privată și de familie, dreptul la secretul corespondenței și libertatea de exprimare. Instanța constituțională reține că restrângerea exercițiului acestor drepturi nu corespunde cerințelor stabilite de art. 53 din Constituția României⁴.

Pentru tema noastră de cercetare este relevantă DCC nr. 80 din 16 februarie 2014⁵, asupra propunerii legislative privind revizuirea Constituției României. Referitor la interpretarea dispozițiilor art. 148 privind integrarea în Uniunea Europeană, Curtea reține că: „dispozițiile constituționale nu au un caracter declarativ, ci constituie norme constituționale obligatorii, fără de care nu se poate concepe existența statului de drept, prevăzută prin art. 1 alin. (3) din Constituție. Totodată, Legea fundamentală reprezintă cadrul și măsura în care legiuitorul și celelalte autorități pot acționa; astfel, și interpretările care se pot aduce normei juridice trebuie să țină cont de această exigență de ordin constituțional, cuprinse chiar în art. 1 alin. (4) din Legea fundamentală, potrivit căruia în România respectarea Constituției și a supremației sale este obligatorie”.

Un alt aspect analizat în jurisprudența constituțională se referă la aplicarea în cadrul controlului de constituționalitate a Cartei drepturilor fundamentale a Uniunii Europene. Instanța noastră constituțională a statuat că, în principiu, aceasta este aplicabilă în cadrul controlului de constituționalitate „în măsura în care asigură, garantează și dezvoltă prevederile constituționale în materia drepturilor fundamentale, cu alte cuvinte, în măsura în care nivelul lor de protecție este cel puțin la nivelul normelor constituționale în domeniul dreptului omului.”⁶.

Tot în legătură cu aplicarea normelor Uniunii Europene, în ceea ce privește drepturile omului în cadrul controlului de constituționalitate, s-a afirmat că raportarea prevederilor cuprinse într-un act având forța juridică similară tratatelor constitutive ale Uniunii Europene trebuie să se facă la dispozițiile art. 148 din Constituție, și nu la cele cuprinse în art. 20 din Legea fundamentală, care se referă la tratatele internaționale privind drepturile omului, altele decât cele ale Uniunii Europene⁷. Instanța noastră constituțională a statuat că prevederile art. 41 din Carta drepturilor fundamentale ale Uniunii Europene, referitoare la dreptul la buna administrare, pot fi invocate prin prisma art. 148, și nu art. 20 din Constituție⁸.

De asemenea, în jurisprudența constituțională s-a stabilit că nu este de competența Curții Constituționale să analizeze conformitatea unei dispoziții de drept constituțional cu textul Tratatului privind funcționarea Uniunii Europene, prin prisma art. 148 din Constituție. O atare competență, și anume aceea de a stabili dacă există o contrarietate între legea națională și tratat, aparține exclusiv instanței de judecată, care are și posibilitatea de a formula o întrebare preliminară la Curtea de Justiție a Uniunii Europene. Este interesant faptul că instanța constituțională se consideră incompetentă să verifice conformitatea unei dispoziții de drept național cu textul tratatelor constitutive ale Uniunii Europene și pentru faptul că, în cazul în care și-ar aroga o astfel de competență, s-ar ajunge la un posibil conflict de jurisdicție între Curtea Constituțională a

⁴ În același sens, a se vedea și DCC nr. 17 din 21 ianuarie 2015, publicată în M. Of. nr. 79 din 30 ianuarie 2015, prin care instanța noastră constituțională a stabilit neconstituționalitatea legii privind securitatea cibernetică a României.

⁵ Publicată în, M. Of. nr. 246 din 7 aprilie 2014.

⁶ DCC nr. 871 din 25 iunie 2010, publicată în M. Of. nr. 433 din 28 iunie 2010.

⁷ DCC nr. 967 din 20 noiembrie 2012, publicată în M. Of. nr. 853 din 18 decembrie 2012 și DCC nr. 206 din 6 martie 2012, publicată în M. Of. nr. 254 din 17 aprilie 2012.

⁸ DCC nr. 12 din 22 ianuarie 2013, publicată în M. Of. nr. 114 din 28 februarie 2013.

României și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, ceea ce, la acest nivel, este considerat ca fiind inadmisibil⁹.

În ceea ce privește cooperarea dintre Curtea Constituțională și Curtea de Justiție a Uniunii Europene, instanța noastră constituțională a afirmat că rămâne la aprecierea sa, în aplicarea în cadrul controlului de constituționalitate, a hotărârilor Curții de Justiție a Uniunii Europene sau formularea de către Curte de întrebări preliminare în vederea stabilirii conținutului normei europene. „O atare atitudine ține de cooperarea dintre instanța constituțională națională și cea europeană, precum și de dialogul judiciar dintre acestea, fără a se aduce în discuție aspecte ce țin de stabilirea unei ierarhii între aceste instanțe”.

Curtea de Justiție a Uniunii Europene, în jurisprudența sa recentă are o altă opinie și a statuat supremația ordinii juridice a Dreptului Uniunii Europene, față de ordinea juridică internă și chiar față de ordinea constituțională.

Astfel, prin Hotărârea pronunțată la 18 mai 2021¹⁰, Curtea de Justiție a Uniunii Europene se pronunță cu privire la o serie de reforme din România referitoare la organizarea judiciară, la regimul disciplinar al magistraților, precum și la răspunderea patrimonială a statului și la răspunderea personală a judecătorilor pentru erori judiciare.

Șase cereri de decizie preliminară au fost formulate în fața Curții de instanțe române în cadrul unor litigii între persoane juridice sau persoane fizice, pe de o parte, și autorități sau organe precum Inspecția Judiciară, Consiliul Superior al Magistraturii și Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție, pe de altă parte. Litigiile principale se înscriu în contextul unei reforme de anvergură în domeniul justiției și al luptei împotriva corupției din România, reformă care face obiectul unei monitorizări la nivelul Uniunii Europene din anul 2007, în temeiul mecanismului de cooperare și de verificare instituit prin Decizia 2006/928¹¹ cu ocazia aderării României la Uniune (denumit în continuare „MCV”).

În acest cadru, instanțele de trimitere au invocat problema naturii și a efectelor juridice ale MCV, precum și a sferei de aplicare a rapoartelor întocmite de Comisie în temeiul acestuia. Potrivit acestor instanțe, conținutul, natura juridică și întinderea temporală a mecanismului menționat ar trebui considerate ca fiind circumscrise Tratatului de aderare, iar cerințele formulate în aceste rapoarte ar trebui să aibă caracter obligatoriu pentru România. În această privință, totuși, instanțele respective menționează o jurisprudență națională potrivit căreia dreptul Uniunii nu ar prevala asupra ordinii constituționale române, iar Decizia 2006/928 nu ar putea constitui o normă de referință în cadrul unui control de constituționalitate întrucât această decizie a fost adoptată anterior aderării României la Uniune, iar problema dacă conținutul, caracterul și întinderea Deciziei 2006/928/CE intră în domeniul de aplicare al Tratatului de aderare nu a făcut obiectul niciunei interpretări a Curții.

În ceea ce privește efectele juridice ale Deciziei 2006/928, Curtea a constatat că aceasta are caracter obligatoriu în toate elementele sale pentru România de la data aderării sale la Uniune și o

⁹ DCC nr. 1249 din 7 octombrie 2010, publicată în M. Of. nr. 764 din 16 noiembrie 2010 și DCC nr. 137 din 25 februarie 2010, publicată în M. Of. nr. 182 din 22 martie 2010.

¹⁰ Hotărârea în cauzele conexate C-83/19, Asociația „Forumul Judecătorilor din România”/Inspecția Judiciară, C-127/19, Asociația „Forumul Judecătorilor din România” și Asociația „Mișcarea pentru Apărarea Statutului Procurorilor”/Consiliul Superior al Magistraturii și C-195/19, PJ/QK și în cauzele C-291/19, SO/TP și alții, C355/19, Asociația „Forumul Judecătorilor din România” și Asociația „Mișcarea Pentru Apărarea Statutului Procurorilor” și OL/Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Procurorul General al României și C-397/19, AX/Statul Român – Ministerul Finanțelor Publice.

¹¹ Decizia 2006/928/CE a Comisiei din 13 decembrie 2006 de stabilire a unui mecanism de cooperare și de verificare a progresului realizat de România în vederea atingerii anumitor obiective de referință specifice în domeniul reformei sistemului judiciar și al luptei împotriva corupției (JO 2006, L 354, p. 56, Ediție specială, 11/vol. 51, p. 55).

obligă să atingă obiectivele de referință, de asemenea obligatorii, care figurează în anexa la aceasta. Obiectivele respective, definite ca urmare a deficiențelor constatate de Comisie înainte de aderarea României la Uniune, urmăresc, printre altele, să asigure respectarea de către acest stat membru a valorii statului de drept. România are astfel obligația de a lua măsurile adecvate în vederea realizării obiectivelor menționate și de a se abține să pună în aplicare orice măsură care riscă să compromită atingerea aceluiași obiective.

Curtea a statuat că principiul supremației dreptului Uniunii se opune unei reglementări naționale de rang constituțional care privează o instanță inferioară de dreptul de a lăsa neaplicată din oficiu o dispoziție națională care intră în domeniul de aplicare al Deciziei 2006/928 și care este contrară dreptului Uniunii. Curtea amintește că, potrivit unei jurisprudențe consacrate, efectele asociate principiului supremației dreptului Uniunii se impun tuturor organelor unui stat membru, fără ca dispozițiile interne aferente repartizării competențelor judiciare, inclusiv de ordin constituțional, să poată împiedica acest lucru. Amintind de asemenea că instanțele naționale sunt obligate, în măsura posibilului, să dea dreptului intern o interpretare conformă cu cerințele dreptului Uniunii sau să lase neaplicată din oficiu orice dispoziție contrară a legislației naționale care nu ar putea face obiectul unei astfel de interpretări conforme, Curtea constată că, în cazul unei încălcări dovedite a Tratatului UE sau a Deciziei 2006/928, principiul supremației dreptului Uniunii impune instanței de trimitere să lase neaplicate dispozițiile în cauză, indiferent dacă acestea sunt de origine legislativă sau constituțională.

Prin Hotărârea din 21 decembrie 2022¹², Curtea de Justiție a Uniunii Europene a statuat că Dreptul Uniunii se opune aplicării unei jurisprudențe a Curții Constituționale în măsura în care aceasta, coroborată cu dispozițiile naționale în materie de prescripție, creează un risc sistemic de impunitate.

Supremația dreptului Uniunii impune ca judecătorii naționali să aibă puterea să lase neaplicată o decizie a unei curți constituționale care este contrară acestui drept, fără a fi expuși riscului de a le fi angajată răspunderea disciplinară.

În motivarea Hotărârii se reține în esență următoarele:

În cadrul acestor cauze, se ridică problema dacă aplicarea jurisprudenței rezultate din diferite decizii ale Curții Constituționale a României (România), referitoare la normele de procedură penală aplicabile în materie de fraudă și de corupție, este susceptibilă să încalce dreptul Uniunii, în special dispozițiile acestui drept care urmăresc protejarea intereselor financiare ale Uniunii, garanția de independență a judecătorilor și valoarea statului de drept, precum și principiul supremației dreptului Uniunii.

Curtea, reunită în Marea Cameră, a confirmat jurisprudența sa rezultată dintr-o hotărâre anterioară, potrivit căreia MCV este obligatoriu în toate elementele sale pentru România¹³. Astfel, actele adoptate înainte de aderare de instituțiile Uniunii sunt obligatorii pentru România de la data aderării sale. Aceasta este situația Deciziei 2006/928, care este obligatorie în toate elementele sale pentru România atât timp cât nu a fost abrogată. Obiectivele de referință care urmăresc să asigure respectarea statului de drept au de asemenea caracter obligatoriu. România este astfel ținută să ia măsurile adecvate pentru atingerea acestor obiective, ținând seama de recomandările formulate în rapoartele întocmite de Comisie¹⁴.

¹² Hotărârea în cauzele conexe C-357/19 Euro Box Promotion și alții, C379/19 DNA- Serviciul Teritorial Oradea, C-547/19 Asociația « Forumul Judecătorilor din România », C-811/19 FQ și alții și C-840/19 N.

¹³ A se vedea, Hotărârea din 18 mai 2021, Asociația „Forumul Judecătorilor din România” și alții, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 și C-397/19 (a se vedea de asemenea CP nr. 82/21).

¹⁴ În temeiul principiului cooperării loiale, consacrat la articolul 4 alineatul (3) TUE.

Dreptul Uniunii se opune aplicării unei jurisprudențe a Curții Constituționale care conduce la anularea hotărârilor pronunțate de completuri de judecată nelegal compuse, în măsura în care aceasta, coroborată cu dispozițiile naționale în materie de prescripție, creează un risc sistemic de impunitate a faptelor care constituie infracțiuni grave de fraudă care aduce atingere intereselor financiare ale Uniunii sau de corupție.

S-a mai reținut că în speță, aplicarea jurisprudenței Curții Constituționale în discuție are drept consecință că respectivele cauze de fraudă și de corupție trebuie să fie rejudecate, dacă este cazul, de mai multe ori, în primă instanță și/sau în apel. Având în vedere complexitatea și durata sa, o astfel de rejudecare are în mod inevitabil ca efect prelungirea duratei procedurilor penale aferente.

Curtea amintește că, ținând seama de obligațiile specifice care îi incumbă României în temeiul Deciziei 2006/928, reglementarea și practica naționale în această materie nu pot avea drept consecință prelungirea duratei anchetelor privind infracțiunile de corupție sau slăbirea în orice alt mod a luptei împotriva corupției. Pe de altă parte, ținând seama de normele naționale de prescripție, rejudecarea cauzelor în discuție ar putea conduce la prescrierea infracțiunilor și ar putea împiedica sancționarea, în mod efectiv și disuasiv, a persoanelor care ocupă cele mai importante poziții în statul român și care au fost condamnate pentru săvârșirea în exercitarea funcțiilor lor a unor fapte de fraudă gravă și/sau de corupție gravă. Prin urmare, riscul de impunitate ar deveni sistemic pentru această categorie de persoane și ar repune în discuție obiectivul combaterii corupției la nivel înalt.

În motivarea se invocă supremația dreptului Uniunii Europene și se reține că, principiul supremației dreptului Uniunii se opune ca instanțele naționale să nu poată, cu riscul aplicării unor sancțiuni disciplinare, să lase neaplicate deciziile Curții Constituționale contrare dreptului Uniunii.

Curtea amintește că, în jurisprudența sa referitoare la Tratatul CEE, a stabilit principiul supremației dreptului Uniunii Europene, în sensul că consacră prevalența acestui drept asupra dreptului statelor membre. În această privință, Curtea a constatat că instituirea prin Tratatul CEE a unei ordini juridice proprii, acceptată de statele membre pe bază de reciprocitate, are drept corolar imposibilitatea statelor menționate de a face să prevaleze, împotriva acestei ordini juridice, o măsură unilaterală ulterioară sau de a opune dreptului născut din Tratatul CEE norme de drept național, indiferent de natura acestora, altfel existând riscul ca acest drept să își piardă caracterul comunitar și ca fundamentul juridic al Comunității înseși să fie pus în discuție.

În plus, forța executivă a dreptului Uniunii Europene nu poate varia de la un stat membru la altul în funcție de legile interne ulterioare, altfel existând riscul ca realizarea scopurilor Tratatului CEE să fie pusă în pericol, și nici nu poate da naștere unei discriminări pe motiv de cetățenie sau naționalitate, interzisă de acest tratat. Curtea a considerat astfel că, deși a fost încheiat sub forma unui acord internațional, *Tratatul CEE constituie carta constituțională a unei comunități de drept, iar caracteristicile esențiale ale ordinii juridice comunitare astfel constituite sunt în special supremația acesteia în raport cu dreptul statelor membre și efectul direct al unei întregi serii de dispoziții aplicabile statelor membre și resortisanților lor.*

Potrivit Curții, efectele asociate principiului supremației dreptului Uniunii se impun tuturor organelor unui stat membru, fără ca dispozițiile interne, inclusiv de ordin constituțional, să poată împiedica acest lucru. Instanțele naționale sunt ținute să lase neaplicată, din oficiu, orice reglementare sau practică națională contrară unei dispoziții de drept al Uniunii care are efect direct, fără a trebui să solicite sau să aștepte eliminarea prealabilă a acestei reglementări sau practici naționale pe cale legislativă sau prin orice alt procedeu constituțional.

Pe de altă parte, faptul că judecătorii naționali nu sunt expuși unor proceduri sau unor sancțiuni disciplinare pentru că au exercitat opțiunea de a sesiza Curtea în temeiul art. 267 TFUE, care ține de competența lor exclusivă, constituie o garanție inherentă independenței lor. Astfel, în ipoteza în

care un judecător național de drept comun ar ajunge să considere, în lumina unei hotărâri a Curții, că jurisprudența curții constituționale naționale este contrară dreptului Uniunii, faptul că acest judecător național ar lăsa neaplicată jurisprudența menționată nu poate angaja răspunderea sa disciplinară.

III. Concluzii

În opinia instanței noastre constituționale, a considera că dreptul Uniunii Europene se aplică fără nicio diferențiere în cadrul ordinii juridice naționale, nedistingând între Constituție și celelalte legi interne, echivalează cu plasarea Legii fundamentale într-un plan secund față de ordinea juridică a Uniunii Europene. Legitimitatea Constituției este însăși voința poporului, ceea ce înseamnă că aceasta nu își poate pierde forța obligatorie, chiar și în ipoteza în care ar exista neconcordanțe între prevederile sale și cele europene. Mai mult decât atât, s-a subliniat faptul că aderarea României la Uniunea Europeană nu poate afecta supremația Constituției asupra întregii ordini juridice interne.

Curtea Constituțională a stabilit că actele obligatorii ale Uniunii Europene sunt norme interpușe în cadrul controlului de constituționalitate¹⁵. Totodată, s-a subliniat lipsa de relevanță constituțională a normei de drept european, interpusă în norme constituționale de referință în cadrul controlului de constituționalitate. În acest caz, este inadmisibilă sesizarea Curții întemeiată pe nerespectarea dispozițiilor art. 148 alin. (4) din Constituție¹⁶. Prin aceeași decizie, Curtea a stabilit că este necesar ca norma juridică a dreptului Uniunii Europene să se circumscrie unui anumit nivel de *relevanță constituțională*, astfel încât conținutul său normativ să susțină posibila încălcare de către legea națională a Constituției – „unica normă directă de referință în cadrul controlului de constituționalitate”. Instanța constituțională a consacrat, la fel ca și Consiliul Constituțional Francez, conceptul de „identitate constituțională națională”, prin care înțelege relevanța supremației constituției ori de câte ori se pune problema conformării legilor interne cu actele Uniunii Europene¹⁷.

Curtea Constituțională a României, într-un comunicat de presă a afirmat următoarele, cu referire la recente Hotărâri ale Curții de Justiție a Uniunii Europene pronunțate recent privind raportul dintre ordine constituțională internă iar pe de altă parte dreptul Uniunii Europene:

Potrivit art. 147 alin. (4) din Constituție, deciziile Curții Constituționale sunt și rămân general obligatorii.

De altfel, și CJUE recunoaște, în cuprinsul Hotărârii sale din 21 decembrie 2021, caracterul obligatoriu al deciziilor Curții Constituționale. Cu toate acestea, concluziile din Hotărârea CJUE potrivit cărora efectele principiului supremației dreptului UE se impun tuturor organelor unui stat membru, fără ca dispozițiile interne, inclusiv cele de ordin constituțional să poată împiedica acest lucru, și potrivit cărora instanțele naționale sunt ținute să lase neaplicate, din oficiu, orice reglementare sau practică națională contrară unei dispoziții a dreptului UE, presupun revizuirea Constituției în vigoare.

În plan practic, efectele acestei Hotărâri se pot produce numai după revizuirea Constituției în vigoare, care, însă, nu se poate face de drept, ci exclusiv la inițiativa anumitor subiecte de drept, cu respectarea procedurii și în condițiile prevăzute chiar în Constituția României.

Ne raliem întru totul opiniei exprimate de Curtea Constituțională.

¹⁵ A se vedea DCC nr. 668 din 18 mai 2011, publicată în M. Of. nr. 487 din 8 iulie 2011.

¹⁶ DCC nr. 157 din 19 martie 2014, publicată în M. Of. nr. 296 din 23 aprilie 2014.

¹⁷ DCC nr. 64 din 24 februarie 2015, publicată în M. Of. nr. 286 din 28 aprilie 2015.

Efectul direct al hotărârilor penale pronunțate de statele membre ale Uniunii Europene în lumina CJUE. Implicații asupra reținerii recidivei internaționale

[The Direct Effect of The Criminal Judgments Pronounced by The Member States of The European Union in The Light of The CJEU. Implications on The Deterrence of International Recidivism]

Conf. univ. dr. Milutin Adrian TRUICHICI*, Dr. Luiza NEAGU*

Abstract: *It is necessary for the competent authorities of the Member States to cooperate diligently and uniformly in the exchange of information on criminal convictions, in order to avoid that national judicial authorities brought with a new criminal trial against a person who has already been the subject of convictions by courts in other member states for other facts, to rule without being able to take into account these previous convictions.*

Keywords: *International Recidive; Recognition of Foreign Convictions*

1. Captatio benevolentiae

Este în interesul unei justiții penale eficace în cadrul Uniunii Europene (UE), inclusiv pentru protecția victimelor criminalității, ca toate statele membre să ia în considerare, în toate etapele procesului penal, că o persoană se află la prima infracțiune sau a mai fost condamnată într-un alt stat membru.

Capacitatea de a evalua trecutul infracțional al inculpatului este esențială pentru buna desfășurare a noului proces penal, în special pentru a garanta luarea de decizii în cunoștință de cauză cu privire la arestul preventiv sau cautiunea și pentru a deține toate informațiile disponibile în etapa de pronunțare a sentinței. De aceea, în prezentul articol ne propunem să analizăm recidiva internațională din perspectiva dreptului UE, astfel cum acesta a fost interpretat de CJUE. Pentru că studiul nostru vizează reținerea recidivei internaționale de către instanțele române de judecată, vom începe analiza cu aspecte legale naționale.

2. Legislația națională

În legislația națională, recidiva este reglementată de art. 41 alin. (1) C. pen., care prevede că 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.

Legiuitorul român a prevăzut recidiva internațională la art. 41 alin. (3) C. pen., arătând că 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 legii.

* Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu” București; avocat – Baroul București; adrian_truichici@yahoo.com.

* Cadru didactic asociat la Facultatea de Drept a Universității „Titu Maiorescu” București; avocat Baroul București; cabinetavocatura@yahoo.com.

Din analiza textului de lege [art. 41 alin. (3) C. pen.], reiese faptul că recidiva internațională prezintă trei caracteristici importante¹ și anume: obligativitatea reținerii, fapta pentru care s-a dispus condamnarea să fie incriminată și de legea penală națională, hotărârea de condamnare să fie recunoscută conform legii naționale.

Obligativitatea reținerii recidivei internaționale impune instanței de judecată sau organelor de urmărire penală să rețină starea de recidiva dacă au cunoștință despre condamnarea anterioară, nefiind lăsată la latitudinea magistratului reținerea acesteia.

În vechea reglementare (Codul penal 1968), caracterul obligatoriu al reținerii recidivei internaționale lipsea, legiuitorul lăsând la aprecierea magistratului reținerea. Caracterul facultativ rezultă din dispozițiile art. 37 alin. (3) C. pen., textul arătând că pentru stabilirea stării de recidivă în cazurile prevăzute în alin. (1) lit. a)² și b)³ și alin. (2)⁴, se poate ține seama și de hotărârea de condamnare pronunțată în străinătate, pentru o faptă prevăzută și de legea română, dacă hotărârea de condamnare a fost recunoscută potrivit dispozițiilor legii.

Atâta vechea, cât și actuala reglementare prevăd condiția dublei incriminări a faptei pentru care s-a pronunțat o hotărâre definitivă de condamnare în străinătate. Astfel, dacă fapta penală pentru care a fost condamnat inculpatul nu este prevăzută de legea penală română, nu se poate reține recidiva internațională. Totodată, la stabilirea stării de recidivă nu se ține seama de hotărârile de condamnare privitoare la faptele care nu mai sunt prevăzute de legea penală – art. 42 lit. a) C. pen. Ultima condiție pentru a se putea reține recidiva internațională este cea a recunoașterii hotărârii de condamnare, condiție prevăzută atât de actuala, cât și de vechea reglementare penală.

Prin titlul VI al Legii nr. 302/2004⁵ a fost transpusă în legislația națională Decizia-cadru 2008/909/JAI a Consiliului din 27 noiembrie 2008 privind aplicarea principiului recunoașterii reciproce în cazul hotărârilor judecătorești în materie penală care impun pedepse sau măsuri privative de libertate în scopul executării lor în Uniunea Europeană, acest titlu reglementând, în fapt, transferarea unui cetățean român condamnat penal de un stat membru al Uniunii Europene, deținut în acel stat, în România, în vederea executării pedepsei.

Această procedură presupune recunoașterea hotărârii de condamnare pronunțate de statul membru al Uniunii Europene și dispoziția de transferare a persoanei condamnate în România în vederea executării pedepsei aplicate de acest stat, executare care, potrivit art. 156 din Legea nr. 302/2004, este guvernată de legea română.

În schimb, în situația în care hotărârea de condamnare pronunțată într-un alt stat membru al Uniunii Europene este menționată în cazierul judiciar al inculpatului, fără ca statul membru să fi solicitat transferul executării pedepsei în România, în cauză devine aplicabilă Decizia-cadru

¹ G. Ivan în G. Antoniu, T. Toader (coord.), *Explicațiile noului Cod penal*, vol. I, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 455; G. Ivan, M.-C. Ivan, *Drept penal. Partea generală*, ed. 4, Ed. C.H. Beck, București, 2019, p. 145; T. Dima, *Drept penal. Partea generală*, ed. a 3-a, Ed. Hamangiu, București, 2014, p. 382; I. Iftimie, *Recidiva Internațională*, Revista Penalmente Relevant nr. 2/2020, p. 11.

² a) când după rămânerea definitivă a unei hotărâri de condamnare la pedeapsa închisorii mai mare de 6 luni, cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune cu intenție, înainte de începerea executării pedepsei, în timpul executării acesteia sau în stare de evadare, iar pedeapsa prevăzută de lege pentru a doua infracțiune este închisoarea mai mare de un an;

³ Când după executarea unei pedepse cu închisoare mai mare de 6 luni, după grațierea totală sau a restului de pedeapsă, ori după împlinirea termenului de prescripție a executării unei asemenea pedepse, cel condamnat săvârșește din nou o infracțiune cu intenție pentru care legea prevede pedeapsa închisorii mai mare de un an;

⁴ (2) Există recidivă și în cazurile în care una dintre pedepsele prevăzute în alin. (1) este detențiunea pe viață.

⁵ Privind cooperarea judiciară internațională în materie penală.

2008/675/JAI din 24 iulie 2008 privind luarea în considerare a condamnărilor în statele membre ale Uniunii Europene în cadrul unui nou proces penal⁶.

Condițiile pentru recunoașterea și executarea hotărârii judecătorești străine sunt cele prevăzute de disp. art. 142 alin. (1) din Legea nr. 134/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală⁷, care arată că o hotărâre judecătorească străină poate fi recunoscută în România dacă este de natură să producă efecte juridice potrivit legii penale române și sunt îndeplinite următoarele condiții:

- a) hotărârea este definitivă și executorie;
 - b) fapta pentru care s-a aplicat pedeapsa ar fi constituit, în cazul în care ar fi fost săvârșită pe teritoriul României, o infracțiune. În cazul în care pedeapsa a fost aplicată pentru mai multe infracțiuni, verificarea condiției se face pentru fiecare infracțiune în parte;
 - c) persoana condamnată a consimțit la executarea pedepsei în România, în afară de cazul în care aceasta, după executarea pedepsei, ar fi expulzată în România. Dacă este necesar, în raport cu vârsta ori cu starea fizică sau mintală a persoanei condamnate, consimțământul poate fi dat de reprezentantul acesteia;
 - d) nu este incident vreunul din motivele de nerecunoaștere și neexecutare prevăzute la alin. (2). În cazul în care este incident vreunul din motivele prevăzute la alin. (2), instanța poate dispune recunoașterea numai dacă există convingerea că executarea pedepsei în România ar contribui semnificativ la reintegrarea socială a persoanei condamnate;
 - e) executarea în România a pedepsei detențiunii pe viață sau a închisorii ori a măsurii privative de libertate este de natură să faciliteze reintegrarea socială a persoanei condamnate.
- Alin. (2) al aceluiași articol (art. 142 din Legea nr. 134/2004) prevede și situațiile în care hotărârea judecătorească străină nu va fi recunoscută și pusă în executare, însă nu ne vom opri asupra acestora, ci vom proceda la analizarea reglementărilor legale europene și ale hotărârilor CJUE în materie.

3. Legislația europeană

Articolul 12 din Tratatul de instituire a Comunității Economice Europene produce efecte directe și creează pentru justițiabili drepturi individuale, pe care instanțele naționale trebuie să le protejeze. Alături de supremația dreptului UE (numită și prevalență), efectul direct este un principiu fundamental al dreptului UE, acesta creând nu doar obligații pentru statele membre ale UE, ci și drepturi pentru persoanele fizice. Prin urmare, persoanele fizice să pot bucura de aceste drepturi și pot invoca direct dreptul UE în fața instanțelor naționale și europene, indiferent dacă există sau nu cale de atac în dreptul intern.

În privința legislației primare, Curtea a stabilit principiul efectului direct în hotărârea Van Gend en Loos⁸, însă a indicat drept condiție ca obligațiile să fie precise, clare, necondiționate și să nu necesite măsuri complementare, cu caracter național sau european.

În hotărârea Becker⁹, Curtea a refuzat efectul direct în cazul în care țările posedă o marjă de apreciere referitoare la punerea în aplicare a dispoziției vizate, indiferent cât de mică este această marjă. Iar în cauza Kaefer și Procacci împotriva Statului francez¹⁰, Curtea a afirmat că dispoziția vizată este necondiționată, deoarece nu lasă niciun aspect la discreția statelor membre și, prin urmare, are efect direct.

⁶ Sentința nr. 196/2021 din 19 noiembrie 2021, Judecătoria Negrești Oaș.

⁷ Republicată în M. Of. nr. 411 din 27 mai 2019.

⁸ Hotărârea Curții din 5 februarie 1963 în cauza C-26/62.

⁹ Hotărârea Curții din 19 ianuarie 1982 în cauza 8/81.

¹⁰ Hotărârea Curții din data de 12 decembrie 1990, în Cauzele conexate C-100/89 și C-101/89.

Decizia-cadru 2008/675/JAI a Consiliului din 24 iulie 2008 privind luarea în considerare a condamnărilor în statele membre ale Uniunii Europene în cadrul unui nou proces penal, examinată în lumina art. 82 TFUE (Tratatul privind funcționarea Uniunii Europene), se opune ca luarea în considerare într-un stat membru, cu ocazia unui nou proces penal desfășurat împotriva unei persoane, a unei hotărâri de condamnare penală definitive pronunțate anterior de o instanță dintr-un alt stat membru împotriva aceleiași persoane, pentru fapte diferite, să fie supusă unei proceduri speciale de recunoaștere prealabilă.

Această problemă juridică a fost ridicată în fața CJUE în cauza C-390/16, având ca obiect o cerere de decizie preliminară ce privește interpretarea art. 67 și 82 TFUE, a art. 50 din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene, a art. 54 din Convenția de punere în aplicare a Acordului Schengen din 14 iunie 1985 dintre guvernele statelor din Uniunea Economică Benelux, Republicii Federale Germania și Republicii Franceze privind eliminarea treptată a controalelor la frontierele comune¹¹, semnată la data de 19 iunie 1990 la Schengen (Luxemburg), și a Deciziei-cadru 2008/675/JAI a Consiliului din 24 iulie 2008 privind luarea în considerare a condamnărilor în statele membre ale Uniunii Europene în cadrul unui nou proces penal¹², și a fost formulată în cadrul unei proceduri introduse în fața unei instanțe maghiare în vederea recunoașterii unei condamnări pronunțate într-un alt stat membru și care are autoritate de lucru judecat.

În prezentul articol ne propunem să arătăm condițiile în care condamnărilor anterioare pronunțate într-un stat membru împotriva unei persoane sunt luate în considerare în cursul unui nou proces penal desfășurat într-un stat membru împotriva aceleiași persoane și pentru fapte diferite¹³.

Pentru a oferi un răspuns problemei juridice abordate, pornim analiza noastră de la disp. Deciziei-cadru 2008/675, care în art. 3 alin. (1), stabilește obligația statelor membre de a se asigura că, în cadrul respectiv, condamnărilor anterioare pronunțate într-un alt stat membru, în legătură cu care s-au obținut informații pe baza instrumentelor aplicabile disponibile cu privire la asistența juridică reciprocă sau la schimburile de informații extrase din cazierile judiciare, pe de o parte, sunt luate în considerare în măsura în care condamnărilor anterioare la nivel național sunt luate în considerare în temeiul dreptului național și, pe de altă parte, li se recunosc efecte echivalente cu cele conferite acestor din urmă condamnări în conformitate cu acest drept, indiferent dacă respectivele efecte sunt chestiuni de fapt sau sunt chestiuni de drept procedural sau material¹⁴.

Articolul 3 alin. (2) din decizia-cadru menționată precizează că această obligație se aplică în etapa care precede procesul penal, în timpul procesului penal și în etapa executării condamnării, în special în ceea ce privește normele procedurale aplicabile, inclusiv cele referitoare la definiția infracțiunii, la tipul și la gravitatea sentinței, precum și la normele privind executarea hotărârii. Astfel, considerentele (2) și (7) ale deciziei-cadru enunță că instanța națională trebuie să fie în măsură să ia în considerare condamnărilor pronunțate în celelalte state membre, inclusiv pentru a stabili modalitățile de executare susceptibile să fie puse în aplicare, și că efectele acestor condamnări ar trebui să fie echivalente cu efectele hotărârilor pronunțate la nivel național în fiecare dintre aceste faze ale procedurii¹⁵.

Rezultă că decizia-cadru 2008/675 vizează, în principiu, situații în care a fost declanșat un nou proces penal împotriva unei persoane condamnate anterior în alt stat membru. Această noțiune de

¹¹ JO 2000, L 239, p. 19, Ediție specială, 19/vol. 1, p. 183.

¹² JO 2008, L 220, p. 32.

¹³ Hotărârea din 21 septembrie 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, pct. 25.

¹⁴ Hotărârea din 21 septembrie 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, pct. 26.

¹⁵ Hotărârea din 21 septembrie 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, pct. 27.

„nou proces penal” cuprinde faza care precede procesul penal, procesul penal însuși și executarea condamnării.

Decizia-cadru 2008/675 contribuie la promovarea încrederii reciproce în cadrul spațiului european de justiție în măsura în care încurajează o cultură judiciară în care condamnările anterioare pronunțate în alt stat membru sunt în principiu luate în considerare.

O procedură specială de recunoaștere prevăzută de un stat membru care, în privința unei condamnări anterioare pronunțate de o instanță dintr-un alt stat membru, impune obligația de a se verifica dacă această instanță a respectat drepturile fundamentale ale persoanei vizate, este, în lipsa unor împrejurări excepționale, susceptibilă să repună în discuție principiul încrederii reciproce și, prin urmare, unul dintre obiectivele vizate de Decizia-cadru 2008/675¹⁶.

Decizia-cadru, astfel cum enunță considerentul (2) al acesteia, urmărește punerea în aplicare a principiului recunoașterii reciproce a hotărârilor judecătorești și a deciziilor judiciare în materie penală, consacrat la art. 82 alin. (1) TFUE, care a înlocuit art. 31 TUE, pe care se întemeiază această decizie-cadru. Acest principiu se opune ca luarea în considerare, în cadrul deciziei-cadru menționate, a unei hotărâri de condamnare pronunțate anterior într-un alt stat membru să fie condiționată de punerea în aplicare a unei proceduri naționale de recunoaștere prealabilă și ca această hotărâre să facă, în acest temei, obiectul unei revizui¹⁷.

Articolul 3 alin. (3) din Decizia-cadru 2008/675 interzice în mod expres o revizuire, hotărârile de condamnare pronunțate anterior în celelalte state membre trebuind astfel să fie luate în considerare așa cum au fost pronunțate¹⁸.

Chiar dacă Decizia-cadru 2008/675 se opune unei revizui care poate conduce la o recalificare a infracțiunii și la o modificare a pedepsei pronunțate într-un alt stat membru, este necesar să se constate că această decizie-cadru nu împiedică statul membru în care se desfășoară noul proces penal să poată preciza modalitățile de luare în considerare a condamnărilor anterioare pronunțate în acest alt stat membru, o asemenea precizare având ca unic scop să determine dacă este posibil să se confere acestor condamnări efecte juridice echivalente celor care sunt conferite condamnărilor naționale anterioare în aplicarea dreptului intern.

O asemenea constatare este confirmată de considerentul (13) al acestei decizii-cadru, potrivit căruia excluderea posibilității de a revizui o condamnare anterioară nu ar trebui să împiedice un stat membru să emită o hotărâre, dacă este necesar, pentru a conferi unei astfel de condamnări anterioare efecte echivalente.

După cum reiese din cuprinsul considerentului (5) al deciziei-cadru, aceasta „nu încearcă să armonizeze consecințele condamnărilor anterioare în viziunea diferitor legislații naționale, iar obligația de a lua în considerare condamnările anterioare pronunțate în alte state membre există doar în măsura în care condamnările pronunțate anterior la nivel național sunt luate în considerare în temeiul dreptului intern”.

Considerentul (6) al aceleiași decizii-cadru arată în această privință că aceasta „nu conține nicio obligație de a lua în considerare astfel de condamnări anterioare, de exemplu în cazul în care informațiile obținute pe baza instrumentelor aplicabile nu sunt suficiente, în cazul în care nu ar fi fost posibilă o condamnare la nivel național cu privire la fapta pentru care se impusese condamnarea anterioară sau în cazul în care sancțiunea impusă anterior nu este cunoscută de către sistemul juridic național”.

¹⁶ A se vedea în acest sens Avizul 2/13 (Aderarea Uniunii la CEDO) din 18 decembrie 2014, EU:C:2014:2454, pct. 191, și Hotărârea din 5 aprilie 2016, Aranyosi și Căldăraru, C-404/15 și C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, pct. 78.

¹⁷ A se vedea în acest sens Hotărârea din 21 septembrie 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, pct. 36.

¹⁸ A se vedea prin analogie Hotărârea din 21 septembrie 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, pct. 37.

În consecință, chiar dacă această decizie-cadru nu împiedică un stat membru să emită o hotărâre, dacă este cazul, pentru a conferi efecte juridice echivalente unei condamnări anterioare pronunțate în alt stat membru, adoptarea unei asemenea hotărâri nu poate totuși, în orice caz, să presupună punerea în aplicare a unei proceduri naționale speciale de recunoaștere prealabilă¹⁹.

În plus, adoptarea unei hotărâri care conferă efecte juridice echivalente unei condamnări anterioare pronunțate într-un alt stat membru, precum cea vizată în cuprinsul considerentului (13) al Deciziei-cadru 2008/675, necesită o examinare de la caz la caz, în lumina unei situații concrete. Această posibilitate nu poate justifica punerea în aplicare a unei proceduri speciale de recunoaștere în privința condamnărilor pronunțate într-un alt stat membru care este, pe de o parte, necesară pentru luarea în considerare a condamnărilor respective în cadrul unei noi proceduri penale și, pe de altă parte, susceptibilă să conducă la o recalificare a infracțiunii săvârșite și a pedepsei aplicate.

În Hotărârea din 9 iunie 2016, Balogh²⁰, Curtea a statuat deja că Decizia-cadru 2009/315 și Decizia 2009/316 trebuie interpretate în sensul că se opun punerii în aplicare a unei reglementări naționale care instituie o procedură specială de recunoaștere a hotărârilor străine, în special pentru motivele că o asemenea procedură, prealabilă înscrierii acestor condamnări în cazierul judiciar, care presupune în plus transmiterea și traducerea acestor decizii, poate să încetinească în mod considerabil această înscriere, să facă mai complex schimbul de informații dintre statele membre, să lipsească de utilitate mecanismul de traducere automată prevăzut de Decizia 2009/316 și, astfel, să pună în pericol realizarea obiectivelor urmărite prin Decizia-cadru 2009/315 și prin această decizie.

Revenind la Decizia-cadru 2008/675 examinată în lumina art. 82 TFUE, arătăm că trebuie interpretată în sensul că se opune ca luarea în considerare într-un stat membru, cu ocazia unui nou proces penal desfășurat împotriva unei persoane, a unei hotărâri de condamnare penală definitive pronunțate anterior de o instanță dintr-un alt stat membru împotriva aceleiași persoane, pentru fapte diferite, să fie supusă unei proceduri speciale de recunoaștere prealabilă, de către instanțele acestui prim stat membru.

Totodată, Decizia-cadru 2008/675 se aplică nu numai procedurilor legate de determinarea și de stabilirea eventualei vinovății a persoanei urmărite, dar și celor referitoare la executarea pedepsei pentru care trebuie luată în considerare pedeapsa aplicată printr-o hotărâre de condamnare pronunțată anterior într-un alt stat membru.

Din considerentul (6) al Deciziei-cadru 2008/675 reiese că aceasta nu are ca scop executarea într-un stat membru a hotărârilor judecătorești pronunțate în celelalte state membre, astfel că, instanța națională nu poate, în temeiul acestei decizii-cadru, să reexamineze și să modifice modalitățile de executare ale unei hotărâri de condamnare pronunțate anterior într-un alt stat membru și deja executate, în special prin revocarea suspendării care însoțește pedeapsa aplicată prin această hotărâre și prin transformarea acesteia într-o pedeapsă cu închisoarea cu executare. Ea nu poate nici să dispună, în acest temei, o nouă executare a acestei pedepse astfel modificate.

4. Concluzii

Concluzia care se desprinde în urma cercetării recidivei internațional din perspectiva CJUE este că Decizia-cadru 2008/675/JAI a Consiliului din 24 iulie 2008 este aplicabilă unei proceduri naționale care are ca obiect aplicarea, în vederea executării, a unei pedepse totale privative de libertate, care ia în considerare pedeapsa aplicată unei persoane de către instanța națională, precum

¹⁹ A se vedea prin analogie Hotărârea din 21 septembrie 2017, Beshkov, C-171/16, EU:C:2017:710, pct. 38.

²⁰ C-25/15, EU:C:2016:423, pct. 53 și 55.

și pe cea aplicată în cadrul unei condamnări anterioare pronunțate de către o instanță a unui alt stat membru împotriva aceleiași persoane pentru fapte diferite.

Decizia-cadru se opune ca luarea în considerare într-un stat membru a unei hotărâri de condamnare pronunțate anterior de o instanță a unui alt stat membru să fie condiționată de punerea în aplicare a unei proceduri naționale de recunoaștere prealabilă a acestei hotărâri de către instanțele competente ale acestui prim stat membru.

Articolul 3 alineatul (3) din Decizia-cadru 2008/675 se opune unei reglementări naționale care prevede că instanța națională, sesizată cu o cerere de aplicare, în vederea executării, a unei pedepse totale privative de libertate pronunțate de alt stat, să modifice modalitățile de executare ale acestei din urmă pedepse.

Unele considerații privind influența calității reglementării actelor administrației publice asupra statului de drept din România într-o societate aflată permanent în tranziție

[Some Considerations Regarding The Influence of The Quality of Regulation of Public Administration Acts on The Rule of Law in Romania in a Society Permanently in Transition]

Dr. Valentin-Stelian BĂDESCU*

Abstract: *With the development of technology and the complexity of legal relationships, the amount of regulations has reached impressive dimensions. Thus, the authors of the primary and secondary normative acts, being pressured by the speed with which the changes appeared, first of all proposed that the law provide for the rights, freedoms and obligations of the subjects of law and neglected the aspects related to its quality (accessibility, clarity, predictability, simplification). The quality of regulation is of interest for the observance of the rule of law – which is based on the principle of legality, the principle of legal security, the principle of equality before the law and non-discrimination and other fundamental principles. In order to be respected the rigors of the village of law, the regulations, which constitute a universe of imperative rules or provisions, must present certain quality conditions in such a way as to offer the effective possibility to those to whom they are addressed to know, retain, understand and respect the provisions which they contain whereas the public administration has a decisive role in harmonizing relations in society.*

Keywords: *Public Administration; State Law; Transition; Regulation; Quality*

1. Statul de drept din România în perioada actuală

Trăim vremuri tulburi, și un scurt inventar al unor riscuri, pe care eu le presimt, ar fi util. Într-o enumerare, aleatoare ce nu se pretinde exhaustivă voi argumenta cauzele acestui derapaj major al democrației și al statului de drept. Astfel cum știm, dreptul ține de ceea ce înseamnă democrație. Cred că riscul nr. unu într-o ordine logică și cronologică este divorțul dintre drept și democrație. Ne confruntăm cu riscul transformării regimului democratic într-un regim tehnocrat, autoritar, dominat de un drept marțial, birocratic și bazat pe instrucțiuni, îndepărtat de principii. Apoi, cred că ne confruntăm cu un risc al unor derapaje specifice sistemelor totalitare: îngrădirea drepturilor și libertăților fundamentale sub diverse pretexte. Grav este și faptul că suntem foarte aproape de un risc care înseamnă dezgolirea de sens a culturii, civilizației și dreptului și a transformării sensului în nonsens. Cred că suntem foarte aproape de vremea în care libertatea înseamnă sclavie, puterea înseamnă ignoranță și pacea înseamnă război. Da, dacă este să mă refer la dreptul autohton, cred că suntem într-o criză a acestuia. Inclusiv a dreptului administrativ al cărui obiect de reglementare este totalitatea raporturilor sociale care apar, se modifică sau se sting în procesul de realizare a administrației publice. De asemenea, reglementează relațiile de natură conflictuală dintre autoritățile publice sau persoanele juridice de drept privat care exercită atribuții de putere

* Membru titular al Diviziei Istoria Științei din cadrul Comitetului Român pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii, ambele ale Academiei Române; valentinbadescu@yahoo.com.

publică, precum realizarea unui interes public, asimilate autorităților publice, pe de o parte, și cei vătămați în dreptul lor prin acte administrative ale acestor autorități, pe de altă parte.

Din această perspectivă Codul administrativ¹ reprezintă materializarea unei vechi dorințe de unificare a normelor juridice din administrația publică. Doctrina și jurisprudența, având ca obiect Codul administrativ, se află încă abia la început de drum, cristalizându-se sub gândirea teoreticianului cu ajutorul soluțiilor practice, pe măsură ce legislația întâmpină diverse obstacole în privința implementării ori aplicării și pe măsură ce obstacolele respective sunt rezolvate profesionist. Sperăm ca această conferință să constituie un pas care să îi reunească pe cei care au nevoie de răspunsuri și pe cei care pot ori caută să găsească răspunsurile în cauză. Asta însemnând nevoia de a spune lucrurilor pe nume. Eu cred că asta lipsește juriștilor astăzi. Și nu doar juriștilor. Simt nevoia unor dezbateri foarte deschise, în care să spunem ceea ce gândim cu adevărat. Nu mă voi lansa acum într-o analiză critică a sistemului administrativ, a relației dintre drept și administrație, a relației dintre drept, cultură și civilizația contemporană. Însă adevărul este tot ce contează și atunci trebuie să facem eforturi să scoatem întotdeauna adevărul la lumină. Noi nu ne putem ascunde după degete și trebuie să admitem că administrația română trece printr-o gravă criză. Și, odată cu ea, cultura și civilizația română.

Cred că trăim vremuri în care și dreptul, și cultura sunt scuipate în suflet, iar imaginea administrației care este imaginea în oglindă a societății este deteriorată. Mă tem că asemenea vremuri trăim pentru că, până la urmă, spune eclesiastul: „Totul depinde de vreme și de împrejurări”, și gândurile mele vin cumva din frământările din zona mea de cercetare în materia drepturilor omului. Și m-am gândit la etimologia cuvântului *cultură*. Vine de la verbul *colo*, *colere*, a cultiva. A cultiva înseamnă să știi, să cunoști ce cultivi, să cunoști cum se îngrijește ce cultivi și apoi să apreciezi ceea ce a rodit, ceea ce a ieșit în urma a ceea ce ai cultivat. Așadar cred că și cultura are de-a face cu natura, cu lumea naturală, are de-a face cu ființa umană, cu natura umană, are de-a face cu divinitatea și cu toate forțele nevăzute care ordonează cumva acest Univers, perfect creat, așa cum spunea Profesorul Dumitru Constantin Dulcan. Și atunci, cred că și cultura este conducta între trecut și viitor, pentru că aceasta ne spune ce să facem și ce să nu facem, cum să acționăm și cum să nu acționăm. Deci, iată valori, iată reguli. Până la urmă, cultura a fost cea care a modelat dreptul, și dreptul, la rândul lui, modelează cultura. Cumva, cultura are de-a face astăzi cu relația dintre om și natură, dintre om și om și dintre om și divinitate. Toate acestea sunt, de fapt, relații de putere, dacă stăm bine să ne gândim, relații de autoritate. Numai că s-a întâmplat ceva în ultimii ani. S-a întâmplat ca această veche tehnologie, cred că și cultura este o tehnologie, să fie atacată de noile tehnologii moderne anticultură. Noi tehnologii, care, de fapt, promovează ostilitatea față de iubirea de neam, iubirea de țară, iubirea de valori, până la urmă, și cred că această fractură sau aceste tehnologii anticultură nu fac altceva decât să deconecteze cultura de natură, să deconecteze cultura de ființa umană, să deconecteze cultura de drept. Prin urmare, apreciez că nu ajungem altundeva decât la dezordine, de la ordine la dezordine. Ajungem la acel haos, ajungem cumva la acel dezechilibru, și este un lucru pe care îl observ în ultimii ani; două virtuți esențiale, pentru sinele uman, pentru viața noastră sănătoasă, au dispărut sau sunt pe cale de dispariție².

Cumpătarea este acea virtute care îl ajută pe om să-și modeleze apetitul și pasiunile și, unde suntem astăzi, pasiuni dezlănțuite în toate domeniile vieții noastre. Promovată această dezlănțuire de pasiuni cu toate tehnologiile moderne și curajul. Curajul n-are nimic de-a face cu tribul, cu grupul, or, astăzi, oamenii nu-și mai cunosc individualitatea, valoarea, forța, puterea. Ei trebuie să

¹ O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ, publicată în M. Of. nr. 555/2019.

² A se vedea, pentru detalii, James Gleick, *Haos. Nașterea unei noi științe*, Ed. Publica, București, 2020.

acționeze, și asta tot cu ajutorul noilor tehnologii, trebuie să acționeze sau pot să acționeze numai în grup, numai într-un trib, numai într-o mulțime. De aceea cred că noi, juriștii, oameni de cultură, avem această misiune de a păstra ceea ce cultura ne-a dat și cumva de-a fi noi acele canale între trecut și viitor. Și mă uit aici, în calitate de dascăl, de formator al tinerei generații, că am această misiune, această sarcină sau, dacă vreți, chiar această datorie de a transmite celor care ne urmează valori, virtuți. Acele valori și virtuți în care noi credem și pe care noi le-am primit, la rândul nostru, de la cultură. În scurte cuvinte, acestea sunt gândurile mele. Sper să fie gânduri bune. Eu cred că, în ciuda a tot ceea ce se întâmplă în jurul nostru, faptul că sunt și oameni iubitori de adevăr, oameni buni, oameni care iubesc tot ceea ce este frumos. Cred că asta ne dă cumva speranța că totuși cultura nu poate fi anulată și cultura nu poate fi deconectată de drept, afectat astăzi, în substanța și esența sa. Să ne explicăm, în cele ce urmează, analizând modalitatea prin care a fost afectată calitatea actelor administrației publice în perioada actuală cu efecte asupra statului de drept.

2. Despre influența calității reglementării actelor administrației publice asupra statului de drept din România în perioada actuală

Odată cu dezvoltarea tehnologiei și a complexității raporturilor juridice, cantitatea reglementărilor a atins dimensiuni impresionante. Astfel, autorii actelor normative primare și secundare, fiind presați de viteza cu care apăreau schimbările, și-au propus în primul rând ca legea să prevadă drepturile, libertățile și obligațiile subiecților de drept și au neglijat aspectele care vizau calitatea acestora (accesibilitatea, claritatea, previzibilitatea, simplificarea). Calitatea reglementării prezintă interes pentru respectarea statului de drept – care se întemeiază pe principiile legalității, securității juridice, egalității în fața legii și nediscriminării și pe alte principii fundamentale. Pentru a fi respectate rigorile statului de drept, reglementările, care constituie un univers de reguli imperative sau de dispoziție, trebuie să prezinte anumite condiții de calitate astfel încât să ofere posibilitatea efectivă celor cărora li se adresează de a cunoaște, reține, înțelege și respecta prevederile pe care le conțin întrucât administrația publică are un rol determinant în armonizarea raporturilor din societate³. Așa că, misiunea autorităților publice, astfel cum este statuată prin Titlul III din Constituția din 1991, modificată și completată în 2003⁴, se concretizează în principal în acte normative producătoare de efecte juridice, a căror inițiere, elaborare, și adoptare se realizează potrivit unor tehnici și proceduri stabilite de lege. Având în vedere că respectarea acestor tehnici și proceduri determină, de cele mai multe ori condițiile de valabilitate a actelor respective, mi-am propus ca în cele ce urmează să realizez o succintă prezentare cu privire la tehnica elaborării actelor normative în general, tehnica de care trebuie să se țină seama și în inițierea, elaborarea și adoptarea actelor autorităților administrației publice.

După cum se știe, actul administrativ trebuie să îndeplinească anumite condiții de formă și de fond, pentru ca el să poată produce efecte juridice, iar neîndeplinirea unora dintre aceste condiții poate duce la nulitatea sau anulabilitatea actului respectiv. Pentru a crea cadrul unitar de pregătire, elaborare și adoptare a actelor normative, inclusiv a actelor administrative, a fost adoptată Legea nr. 24/2000⁵ privind normele de tehnică legislativă, pentru elaborarea actelor normative. Articolul 3 alin. (1) din lege, stabilește domeniul de aplicare a acesteia specificând că: „Normele de tehnică legislativă sunt obligatorii la elaborarea proiectelor de lege de către Guvern și a propunerilor legislative aparținând parlamentarilor sau cetățenilor; la elaborarea și adoptarea ordonanțelor și hotărârilor Guvernului, precum și la elaborarea și adoptarea actelor normative ale celorlalte

³ Elena Constantin, *Statul de drept și calitatea reglementării actelor administrației publice*, Ed. Wolters Kluwer, București, 2020.

⁴ Publicată în M. Of. nr. 757/2003.

⁵ Republicată în M. Of. nr. 260/2010.

autorități cu asemenea atribuții”. Că normele la care ne referim nu sunt aplicabile numai procesului de legiferare rezultă din alin. (2) al aceluiași art. 3, potrivit căruia „Normele de tehnică legislativă se aplică în mod corespunzător și la elaborarea și adoptarea proiectelor de ordine, instrucțiuni și acte normative emise de conducătorii organelor administrației publice centrale de specialitate, precum și la elaborarea și adoptarea actelor cu caracter normativ emise de autoritățile administrației publice locale”. Din conținutul articolului mai sus citat, rezultă cât se poate de clar că toate autoritățile care adoptă sau emit acte administrative cu caracter normativ au obligația să respecte normele de tehnică legislativă reglementate de Legea nr. 24/2000, republicată. Potrivit art. 84 din Legea nr. 24/2000, „Parlamentul, Guvernul și celelalte autorități ale administrației publice centrale și locale stabilesc, în aplicarea normelor de tehnică legislativă prevăzute în prezenta lege, regulamente proprii cuprinzând măsurile metodologice, organizatorice, termenele și circulația proiectelor de acte normative în cadrul sferei lor de competență”. Deci, cadrul juridic al tehnicii de elaborare a actelor administrative cu caracter normativ este completat prin regulamente emise de fiecare autoritate și organ administrativ în parte⁶.

Așa cum spuneam lucrarea de față consacrată modalităților prin care a fost *afectat* statul de drept în prezent cu consecința imediată asupra *drepturilor omului* se dorește pe de o parte, a corecta câteva nedreptăți care i se fac acum dreptului administrativ, ca domeniu de reflecție și cercetare științifică, iar, pe de alta, a surprinde câteva reacții necesare și indispensabile ale calității reglementării actelor administrației publice. Demersul nostru de cercetare științifică este unul critic întrucât în acest context grija principală ar trebui să fie protejarea drepturilor fundamentale ale omului⁷, care în astfel de situații ar trebui să prevaleze în fața altor interese oculte. Or în aceste împrejurări a fost afectat statul de drept. Problema statului de drept este una complexă, care, ca și cea a reglementării actelor administrației publice, obligă la o abordare pluridisciplinară care să aibă în vedere atât legislația și doctrina națională, cât și cea de la nivelul Uniunii Europene.

Statul este o realitate, el este prezent în viața cotidiană a cetățenilor și este încadrat în numeroase domenii ale activității sociale⁸. Cu toate acestea este un concept abstract, este suport al puterii și permite stabilirea distincției între guvernanți și guvernați. Actualitatea permanentă și de necontestat a statului de drept este explicabilă doar prin permanența nevoii de a căuta mijloacele concrete pentru a face din concept o evidență cotidiană necontrazisă⁹. Sintagma este invocată, în numele ei luându-se decizii, făcându-se opțiuni și argumentându-se acțiuni. Conceptul de stat de drept ajunge, prin evoluția lui la o dimensiune universală, un element de referință pentru aprecierea gradului de dezvoltare și de civilizație al unei țări. Reușitele științifice ale doctrinarilor, deși strălucite, fac imposibilă epuizarea subiectului, asigurându-i perenitatea și, demonstrând cu fiecare contribuție, dacă mai era necesar, posibilitatea de perfectibilitate. Statul de drept este, îndrăznim să afirmăm, precum coloana lui Brâncuși, infinită în construcția sa și dăinuitoare peste generații prin simplitatea geniului creator. Toate teoriile și opiniile privind conceptul de stat de drept sunt rezultatul reflecției asupra unor evoluții istorice relativ îndelungate, contradictorii, cu reușite, eșecuri și orizonturi mereu de cercetat ale celor două fenomene interdependente: statul și dreptul¹⁰.

⁶ Gabriel Ioniță, *Tehnica elaborării actelor normative*, publicat în Revista Economie și Administrație Locală nr. 1/2011 și preluat de pe site-ul:

<https://www.avocationita.ro/pdf/Tehnica%20elaborarii%20actelor%20normative.pdf>.

⁷ Art. 34 din Constituție.

⁸ *Constrângerea administrativă și statul de drept*. Teză de doctorat susținută la Facultatea de Drept a Universității din București, 2015. Conducător de doctorat, Prof. univ. dr. Verginia Vedinaș Doctorand, Vanghelie Mariana-Mihaela (Nedelcu) și preluată de pe site-ul: https://drept.unibuc.ro/documente/dyn_doc/oferta-educationala/scoala.

⁹ Steluța Ionescu, *Justiție și jurisprudență în statul de drept*, Ed. Universul Juridic, București, 2009, p. 5.

¹⁰ Sofia Popescu, *Statul de drept în debaterile contemporane*, Ed. Academiei Române, București, 1998, p. 14-35.

Ideea statului de drept a apărut încă din antichitate, când o serie de școli filosofice, în special grecești, precum cea a sofistilor, sau cea a legitimiștilor din China Antică, dar și o serie de gânditori, ca Platon, Aristotel, au formulat ideea fundamentării statului pe lege, pe drept.

Dacă antichitatea greco-latină avea la bază noțiunea de Constituție, a cărei analiză definește doctrina politică a regimului iudaic, principiile creștine pornesc de la ideea unei înțelegeri încheiate între Dumnezeu și poporul ales. Cel care conduce, fie că este sau nu rege, nu este decât un locțiitor al lui Dumnezeu. Chiar dacă este ales din rândul oamenilor, el nu poate conduce decât prin voința superioară a lui Dumnezeu. Legea divină este superioară oricărei constituții umane. La nivelul statului contemporan, nu ne mai putem raporta propriu-zis la un nivel instituțional divizat în centre distincte de impuls politic, și trebuie să observăm că statul tinde, indiferent care ar fi nivelul instituțional ce acționează, să reglementeze totul, să încadreze juridic orice comportament individual sau de grup. Acestei tendințe i se opune tendința societății civile de a scăpa de această reglementare, de a exercita puterea publică în afara cadrului normativ propriu zis. Societatea este în acest sens politic activă, ea caută să alimenteze și să domine nivelul instituțional statal, reacția sa în fața constrângerilor statale nu mai este fuga, ci atacul. Statul de drept devine astfel o ordine de constrângere, o ordine ce a justificat statul polițienesc, teorie ce a produs o modificare importantă în gândirea juridică tradițională, captând atenția teoreticienilor dreptului. Criticile vin din mai multe direcții, dintre care am putea aminti, pe de o parte, critica identificării statului cu dreptul, critica aplicării la ordinea juridică a unei logici formale de tip matematic sau, pe de altă parte, o critică a conceptului de puritate a obiectului științei dreptului. Astfel, cea care a dus la conceperea unui stat de drept este identificarea statului cu dreptul, teoria caracterizată de obiectivism, care rezultă din însăși importanța pe care autorul o acordă normei juridice și constructivismului elaborat în baza unei concepții a ierarhizării normelor în sistemul juridic fundamentat pe norma constituțională¹¹.

Calitatea reglementării și statul de drept, se dorește a fi o demonstrație juridică a faptului că fiecare dintre atribuțiile autorităților administrației publice, începând cu scopul nobil pentru care aceasta a fost creată – ocrotirea cetățeanului – poate fi interpretată ca element de realizare a siguranței cetățenilor, a colectivității în ansamblu, împotriva celor care înfrâng regulile bunei conviețuirii în societate. Termenul de „reglementare”, implică multiple aspecte și presupune o viziune ce depășește dreptul administrativ, în raport cu conștientizarea de către cetățeni a rolului deosebit al administrației în asigurarea stării de siguranță și stabilitate, ca absență a amenințărilor de orice fel. Substanța analizei o constituie abordarea juridică a fenomenului administrativ, completată cu informații din drept constituțional, filosofia dreptului, drept civil sau chiar penal. Clarificarea unor concepte cum ar fi societate, stat, putere executivă sau administrație publică ar trebui făcută în mod comparat, plecând de la realitatea instituțională a momentului, respectiv de la integrarea României în spațiul administrativ al Uniunii Europene. Pe cale de consecință, importanța dreptului administrativ nu trebuie să mai fie demonstrată – avem deja o adevărată istorie juridică în acest sens, constituind, *per se*, o demonstrație suficientă.

Legislația în domeniu se află într-o dinamică permanentă, care necesită un studiu constant și aprofundat, puncte de vedere și opinii pertinente, exprimate public de către specialiști care cunosc fenomenul și care se confruntă zi de zi cu dificultățile acesteia. În sensul celor menționate, reamintim aici faptul că O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ a fost afectată deja până acum de mai multe modificări și completări legislative, care nu pot și nu trebuie să treacă neobservate, fiind important să aibă parte de analiză și dezbateri. Iar faptul că nici până în prezent Parlamentul nu a emis o lege de aprobare O.U.G. nr. 57/2019 privind Codul administrativ spune

¹¹ Teză de doctorat, p. 5.

multe despre deficiențele procesului de legiferare. În plus, oricând vorbim despre administrație publică, trebuie avute în vedere, pe lângă Codul administrativ, și numeroase acte normative conexe importante pentru înțelegerea și aplicarea acestuia ori care reglementează ramuri speciale ale domeniului administrației publice, decizii provenind de la Curtea Constituțională și de la Înalta Curte de Casație și Justiție și, nu în ultimul rând, eventuale proiecte legislative aflate pe masa de lucru a legiuitorului. Noile coduri – administrativ și de procedură administrativă, acesta din urmă aflat încă în stadiul de proiect – ridică mediului juridic, dar și cetățeanului care, inevitabil, interacționează, la rândul său, cu administrația publică -, probleme dintre cele mai variate și provocări dintre cele mai interesante și mai importante. Este necesară, prin urmare, înțelegerea corectă și asimilarea acestor reglementări într-un mod corespunzător, dar și pregătirea, la nivel profesional, ca și la nivel individual, pentru întâmpinarea actelor normative care se preconizează a fi adoptate în viitorul apropiat. În legătură cu aceasta, mai avem aici în vedere și problema atitudinilor și valorilor în administrația publică la care vom face scurte referiri.

3. Despre atitudini și valori în administrația publică

Administrația publică reflectă bazele instituționale ale modului în care sunt guvernate țările¹². Administrația publică răspunde nevoilor societății și funcționează pe bază de structuri organizatorice, procese, roluri, relații, politici și programe. Aceasta influențează prosperitatea economică, bunăstarea oamenilor și coeziunea socială¹³. Administrația publică influențează încrederea socială și determină condițiile de creare a valorii publice. Valoarea publică este o valoare împărtășită de toți actorii din cadrul societății: cetățeni, întreprinderi, organizații și grupuri informale. Valoarea publică este rezultatul tuturor deciziilor de alocare a resurselor adoptate de toate părțile interesate din societate în ansamblu¹⁴. Instituțiile au un rol fundamental în stabilirea stimulentei potrivite, în reducerea incertitudinii și în asigurarea prosperității pe termen lung. Deficiențele în funcționarea administrației publice pot crea obstacole semnificative în calea funcționării pieței, a investițiilor la nivel național și local, precum și a inovării¹⁵. Și toate se pot datora unei psiho-sociologii inadecvate a truzitorilor din administrația publică.

Psiho-sociologia administrației publice studiază atitudinile și comportamentele indivizilor și grupurilor din administrațiile publice. Această disciplină asigură capacitatea de a înțelege cum trebuie conduse eficient aceste instituții, cum pot fi ele mai bine organizate și cum sunt ele afectate de evenimentele din mediul exterior. Ca ramură a psiho-sociologiei organizațiilor, ea încearcă să explice succesul sau eșecul în administrație din perspectiva relațiilor care se stabilesc între oameni și a valorilor care ghidează autoritățile publice în gestionarea treburilor comunitare¹⁶. Ea oferă o imagine de ansamblu asupra motivațiilor care îi animă pe oameni în procesele administrative, asupra gradului lor de satisfacție, asupra stilurilor manageriale utilizate, asupra trăsăturilor de personalitate ale celor implicați în actul decizional și asupra filozofiei și predispozițiilor axiologice care stau la baza comportamentelor oamenilor din instituțiile publice. Obiectivele acestui domeniu

¹² Sören Holmberg, „*Good Government: The Relevance of Political Science*”, Edward Elgar Publishing, 2012.

¹³ Hallerod, B., Rothstein, B., Nandy, S., *Bad governance and poor children: a comparative analysis of government efficiency and severe child deprivation in 68 low- and middle-income countries*, World Development, august 2013.

¹⁴ *Calitatea administrației publice*, preluată de pe site-ul:

<https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/import/european>.

¹⁵ Comitetul Regiunilor, „*Rezultatele consultării organizate de CoR cu privire la obstacolele din calea investițiilor la nivel local și regional*”, Secretariatul Comisiei pentru politica economică (ECON), Bruxelles, septembrie 2016.

¹⁶ Bruno Ștefan, Pavel Popescu Neveanu, *Atitudini și valori în administrația publică*, Ed. BCS, București, 2001.

sunt predicția, explicația și managementul autorităților publice¹⁷. Ceea ce se întâmplă în administrația publică are un impact profund asupra cetățenilor. Paul Negulescu spunea: „*Este incontestabil că instituțiile publice joacă un rol foarte important în destinele unei țări. Influența lor se resimte asupra bunăstării generale și chiar a vieții politice. În organizarea vieții, acest principiu este mai ușor de dovedit ca oriunde. Când în localitatea sa cetățeanul constată că legalitatea domină, când instituțiile se bucură de cea mai mare libertate, desigur că se naște într-însul spiritul de independentă și de demnitate*”¹⁸.

Peste tot în lume există administrații eficiente, rentabile și administrații ineficiente, falimentare. Succesul sau insuccesul lor a fost explicat de sociologi din mai multe perspective: accesul la resurse financiare, stilurile manageriale practicate, sistemele motivaționale, circulația informațiilor, tipurile de comunicare folosite, relațiile politice utilizate etc. În ultimii ani cercetările au arătat că administrațiile cu succes recunoscut nu folosesc instrumentele raționale ale managementului științific, ci armonizează cât mai mult valorile lor cu cele comunitare. Din această perspectivă, diferențele dintre instituțiile publice își găsesc explicația în diferențele culturale dintre comunități. Ca și în celelalte țări supuse regimurilor totalitare, administrația publică din România se afla în 1990 la același nivel sau la niveluri apropiate de dezvoltare. Centralismul și egalitarismul au fost valori apreciate ani îndelungați chiar și după căderea comunismului. În numele acestor valori, instituțiile publice prost conduse și organizate au fost sprijinite prin devalizarea acelor care dovedeau randament, suplețe și adaptare. Deși a fost un obiectiv prioritar declarat al tuturor guvernelor post-decembriste, modernizarea administrației publice s-a făcut până acum cu pași mici, rapoartele UE arătând frecvent că România a întreprins cele mai puține măsuri în vederea apropierei administrației de cetățeni. În vederea reducerii acestui handicap, autoritățile centrale au adoptat în ultimii ani o serie de legi, decrete, hotărâri și ordonanțe în numele unor valori pentru care s-au purtat serioase bătălii politice: descentralizare, autonomie, privatizare, proprietate etc. Aplicarea acestor legi nu a avut efectul scontat: dezvoltarea, implicarea și participarea cetățenilor, transparență, echitate, rentabilitate. Noul set de valori a fost cu greu acceptat de modelele tradiționale, iar această acceptare s-a făcut treptat și în grade diferite de la o zonă la alta, de la orașele mari la unitățile administrative mai mici. În multe din ele se constată o orientare dominantă ambiguă: s-a renunțat la vechi obiceiuri, iar cele noi nu trezesc prea mult interes. În plus, nemulțumirile, apatia, absenteismul, neimplicarea cetățenilor au atins cote destul de ridicate, aceste stări manifestându-se la alegeri prin slaba prezență la vot, oamenii fiind prea puțin convinși că noii aleși vor putea să aducă schimbări importante. Lipsa unui control minimal din partea societății civile asupra modalităților în care au fost gestionați banii publici a întărit această stare de spirit.

Studiile sociologice arată că administrațiile care cunosc succes în perioade de criză au în frunte lideri care reușesc să ghideze instituțiile, oferind atât securitate și mecanisme de adaptare și integrare a membrilor săi, cât și un entuziasm și o participare a comunității la implementarea valorilor lor. Dificultățile devin de nedepășit atunci când se constată evidente incompatibilități între valorile centrale și cele locale, între cele ale primarilor și cele ale consilierilor, între cele ale administrației și cele ale populației. Modernizarea administrației publice are două componente: una *hard*, instituțională și una *soft*, cultural-valorică. Pașii întreprinși până acum pentru reformarea administrației din România au vizat în principal componenta *hard*: s-au adoptat noi legi, s-au înființat noi structuri și departamente, s-au introdus noi programe de dezvoltare – toate copiind modelele occidentale. Componenta *soft*, care presupune adoptarea unor noi mentalități,

¹⁷ *Idem*, p. 3.

¹⁸ *Ibidem*.

unor seturi de valori, unor principii și norme care să orienteze comportamentele în administrație – a fost de multe ori ignorată, considerându-se că oamenii vor reacționa favorabil la schimbările structurale și își vor modela atitudinile cu relativă ușurință. Cercetătorii au demonstrat că asimilarea unor noi sisteme sociale suportă unele constrângeri în funcție de mediul în care are loc, de filozofia și valorile împărtășite de cei care trebuie să le aplice și de cei care trebuie să le suporte. Modele care au avut succes în occident au suferit un eșec răsunător când au fost aplicate în alte țări, deoarece filozofia care stătea la baza lor venea în contradicție cu valorile general acceptate în acele state. Pe de altă parte, valorile administrației vest-europene au fost destul de rar explicate cu claritate, fiind adesea demonetizate printr-o prezentare simplistă sau tehnicistă.

Specialiștii occidentali au ajuns la concluzia că o bună guvernare, de tip antreprenorial se bazează pe câteva principii fundamentale: *„Promovează competiția între ofertanții de servicii și împuternicește cetățenii prin mutarea controlului din mâna birocrăției în cea a comunității. Măsoară performanța propriilor agenții, concentrându-se nu pe input-uri, ci pe rezultate. Se conduce după propriile scopuri, propriile misiuni – nu după reguli și reglementări, redefinind proprii clienți ca beneficiari și oferindu-le șanse de alegere. Previne problemele înainte de a apare, în loc ca pur și simplu să ofere servicii ulterior. Investește energii în câștigarea de bani, nu în cheltuirea acestora prin descentralizarea autorității și promovarea conducerii participative. Preferă mecanismele pieței celor ale birocrăției și se concentrează nu pe oferirea de servicii publice ci pe catalizarea acțiunii tuturor sectoarelor – publice, private și voluntare – pentru a rezolva problemele comunității”*¹⁹ Declarativ, la aceste principii au aderat toți factorii implicați în procesul de reformare administrativă din România. În realitate însă, modelele tradiționale au rădăcinile puternic ancorate în mentalitatea decidenților politici. Explicațiile subdezvoltării comunităților tind să se axeze prioritar pe aspectele financiare, politice sau ale opiniei publice și mai puțin pe climatul psiho-social existent în instituțiile pe care le conduc sau pe valorile pe care le îmbrățișează. O evaluare sistematică a competențelor personalului din administrația publică este necesară pentru a obișnui atât autoritățile, cât și cetățenii cu ideea unui control regulat, ale cărui rezultate să fie făcute publice. Pentru a fi cât mai completă, evaluarea trebuie să abordeze atât artefactele vizibile (stiluri de viață, istorii, climatul din instituții, calitatea serviciilor publice), cât și pe cele de profunzime, legate de personalitatea autorităților (așa cum este ea percepută de cetățeni, de ele însele și de psihologi), de complexul motivațional și axiologic. Și acum, în final, în scurte afirmații concluzive, să vedem cum simplificarea legislației poate fi o modalitate de creștere a calității actelor administrative.

4. În loc de concluzii: simplificarea – calea spre creșterea calității reglementării actelor administrative

Într-o perioadă a incertitudinilor de tot felul, amplificată de pandemie și de războiul din Ucraina, nici dreptul nu putea scăpa analizelor prospective, în ton cu vremurile, chiar cu concluzii ce degajă mai mult îngrijorare decât bună dispoziție. Asaltul „noului val”, spumos ca amploare și spumant în consistență, în numele himerelor pe care încearcă a le impune, ne provoacă surprindere îngăduitoare, fără a fi excluse însă posibile regrete tardive dacă nu luăm în serios și tratăm corespunzător avertismentele primite. De această dată este vorba de noul limbaj juridic postmodern și globalist ce se prefigurează, pentru moment, în registrul minor al propunerilor în contextul și ca urmare a „șocului simplificării dreptului”, dar cu evidente pretenții de impunere și amenințări de substanță pe măsură. Semnalul de alarmă ne vine tot din Franța, fiind la fel de

¹⁹ David Osborne, Ted Gaebler, *Reinventing Government*, New York, 1993.

revelator²⁰. Și tot așa, rolul nostru se reduce numai la a-l aduce în atenția vieții juridice românești, cu o modestă încercare de „localizare” a problematicii ridicate, de la Paris la replica sa de la București. Și aceasta chiar dacă dezordinea și masivitatea reglementărilor legale în vigoare sunt realități evidente, care marchează negativ existența noastră, iar indolența autorităților nu poate fi decât condamnată²¹.

Înțelegerea problemei de fond și decelarea semnificațiilor depline ale demersului publicistic presupun câteva informații asupra fenomenului de „șoc al simplificării dreptului”, care marchează viața publică și preocuparea juridică din Hexagon. O contribuție majoră la acest proces o are Consiliul de Stat – unul dintre creatorii majori ai normativității și principala instanță de contencios administrativ. Desigur, inflația normativă și implicațiile sale negative sunt o prezență și afectează viața a numeroase state dezvoltate, indiferent de tradiția juridică de apartenență. În același timp, „maladia” afectează practic toate ramurile dreptului, chiar dacă în proporții diferite și cu manifestări uneori particularizante. La fel și „vinovățiile” sunt multiple, adeseori împărțite de mai mulți și sub anumite aspecte chiar pardonabile. De remarcat, în orice caz, că fenomenul a devenit, dincolo de un imperativ tehnic, de eficacitate și eficiență legislativ-administrative, chiar o mantră a dezbaterii naționale și un obiectiv de politică publică și prin aceasta o reformă asumată și enunțată periodic ca prioritate de formulele diferite perindate succesiv la guvernare²².

Din punct de vedere juridic, simplificarea trimite la noțiunea de „inteligibilitate a dreptului” care constituie în Franța un obiectiv cu valoare constituțională; ca orice concept plurivoc, ea vizează mai multe calități legate chiar de substanța dreptului, precum normativitatea textelor ori coerența ansamblului juridic; este vizată, de asemenea, forma normei, precum claritatea și precizia, dincolo de simpla accesibilitate. Se impune, în același timp, să recunoaștem că inteligibilitatea rămâne un standard de control al reglementării, care este supusă în acest mod probei efectivității și validității sale. Realitățile și experiențele franceze ne oferă în acest sens o veritabilă și relevantă istorie a unui atare fenomen, pe cale a deveni un fel de „mit al lui Sisif” în planul reproducției dreptului pozitiv. Anunțat oficial acum zece ani, „Șocul simplificării” se prezintă ca o veritabilă politică publică franceză manifestată ca atare. Sub impactul discontinuității aferente succesiunii mandatelor prezidențiale și guvernanțelor ea a cunoscut evoluții, stagnări și chiar retractări, revizuirii și adaptări, s-a corelat cu alte strategii, cu măsuri conjuncturale și intermediare de genul contractării termenelor sau unificării procedurilor. Apoi, ansamblul reglementar a fost marcat de importanța dobândită de dematerializarea procedurilor și avansul digitalizării. Analiza realizării „Șocului simplificării” ne arată și constatări contradictorii: multe progrese, dar și apariția de noi complexități. Inflației normative i s-a substituit prea adesea una simplificatoare, până la excese, schematisme și lacune la fel de păgubitoare²³.

În general trebuie să se recunoască faptul că dematerializarea procedurilor administrative oferă numeroase avantaje pentru utilizatori; administrația electronică deschide posibilitatea nouă de a stimula prin ea însăși deconcertarea, simplificarea și, în cele din urmă, eficiența. Așadar, într-o aproximare generală se susține că „Șocul simplificării” se caracterizează prin rezultate ambigue și unele efecte paradoxale, e departe de a-și fi epuizat semnificațiile și se impune a fi continuat și amplificat, chiar cu o nouă turnură. Dincolo de sistematizarea, raționalizarea și simplificarea reglementării, o atare operație complexă implică și o reamenajare a mesajului normelor de drept.

²⁰ Fabrice Defferrard, *Mic glosar pentru un șoc al simplificării limbajului juridic*, Recueil Dalloz”, 2021.

²¹ Mircea Duțu, „Dex”-ul juridic la ora simplificării, preluat de pe site-ul: <https://www.juridice.ro>.

²² *Idem*, p. 3.

²³ *Ibidem*.

Evitarea paralelismelor, contradicțiilor și abuzului de înțelesuri particulare acordate aceluiași termen în contexte reglementare diferite în favoarea unor repere unice și reprezentative reprezintă principala preocupare în acest sens. Accesibilitatea textului legal ca o premisă și condiție a conformării la prescripțiile sale și, în consecință, a eficienței ultime nu mai poate fi pusă la îndoială. Reamenajarea vocabularului juridic, în condițiile integrării europene și globalizării în căutarea noului cu orice preț, uniformizat și general acceptat, generează însă situații vecine cu ridicolul ce se impun a fi denunțate ca atare, în pofida consecvenței și amplitudinii eforturilor depuse de mașinăria implicată în promovarea sa pentru creșterea calității reglementării actelor administrației publice și statornicirea statului de drept în România.

Dreptul și societatea contemporană – evoluție sau involuție

[Law and Contemporary Society – Evolution or Involution]

Dr. Iosif FRIEDMANN-NICOLESCU*

Abstract: *Contemporary society is undergoing unprecedented change. In this context appears the dilemma regarding Law in human society: progress or regression?*

Keywords: *Right; Society; Evolution; Involution; Legal Culture*

ARGUMENTUM

Dreptul contemporan în actuala lume globalizată, de la apariția unor fenomene rarissime în societatea umană a ultimilor ani, din care fără a epuiza enumerarea factorilor, amintim: Corona Virusul cu răspândire mondială care a determinat apariția „dictaturii medicale”, migrarea unor populații către teritorii cu economie în dezvoltare. Noile tehnologii care tind să controleze drepturile și libertățile omului, dar nu în ultimul rând conflictul mondializat dintre Rusia și Ucraina, dau naștere unei dileme greu de elucidat de către lumea juridică. Anume, dacă Dreptul din societatea contemporană cunoaște o evoluție sau se află într-o involuție?

O altă întrebare în logica actualei societăți globale, decurgând dintr-o analiză de etnologie juridică și de antropologie juridică, este: societatea umană se află în tranziție? Urmată de o altă dilemă firească: tranziția către ce valori umane și sociale?

Pentru a răspunde la dilema: „Dreptul în această societate în tranziție, se află în evoluție sau în involuție?”, se impune să menționăm că valorile social-umane care stau la temelia Statului de Drept s-au schimbat esențial.

Lumea de astăzi se află într-un moment de tranziție, cu schimbări fundamentale, în pragul unor schimbări civilizatoare fără precedent. Toate valorile sociale fundamentale anterioare au cunoscut schimbări majore, astfel că în prezent asistăm la mutații esențiale a modului de existență a ființei umane. A apărut noțiunea de „distanțare socială”, care în realitate este o „distanțare fizică”, cu consecințe pe termen lung vizând sentimentele proprii ființei umane. S-a accentuat comunicarea la distanță, cursuri școlare și universitare on-line, fracturându-se legăturile inter-umane. Aceste legături la distanță, vor avea consecințe sociale majore în viitor, dintre care exemplificăm într-un domeniu sensibil, în care învățământul la distanță nu era de închipuit într-o lume normală anterior acestei perioade, anume „medicina generală” și „medicina stomatologică”,

* Avocat, doctor în științe juridice; Coordonator științific al Centrului de istorie a Avocaturii – Institutul Național pentru Pregătirea și Perfecționarea Avocaților din România; Membru – Departamentul de Educație Juridică al Consiliului U.N.B.R. – Consilier în Consiliul U.N.B.R. și Consilier în Consiliul Baroul București; Membru asociat în Comitetul Român pentru Istoria și Filosofia Științei și Tehnicii – filiala Argeș de pe lângă Academia Română; Membru fondator și în Consiliul Director – Societatea Română de Criminologie și Criminalistică; Membru în Asociația Română de Filosofie a Dreptului și în Consiliul Director; Cercetător asociat – Centrul de studii și cercetări juridice și socio-administrative – Universitate Petrol – Gaze Ploiești; Membru în Societatea Română de Victimologie; Membru în Asociația Română de Drept Constituțional; Membru în Asociația Română de Științe Penale; Membru Asociația Română de Drept și Afaceri Europene; jfn.mineu@gmail.com.

unde legătura medic – pacient este una indisolubilă. Dar, au apărut odată cu „inteligența artificială” efectuarea de operații medicale robotizate la distanță.

Apariția „lumii digitale” face ca înstrăinarea umană să facă parte din categoria „noilor tehnologii”, conducând către schimbări fundamentale în viața socială, implicit în Drept.

Legislația și sistemul juridic din România trebuie analizat într-un cadru nou, anume de apartenență la „sistemul Uniunii Europene” în care deosebim noi principii ideologice, într-un conglomerat de sisteme care s-au dezvoltat diferit și care au un trecut multicultural accentuat și cu tradiții vădit diferit. Etnologia juridică și antropologia juridică nu mai cunoaște situații anterioare identice conceptuale și nici ca realitate, astfel că se impune o analiză pentru a da sens unui nou sistem de gândire juridică.

Nu trebuie să uităm în acest context mondializat al analizei „evoluție sau involuție” actuala situație de conflict armat dintre o fostă putere mondială armată, de o parte și de altă parte, o uniune de state și o alianță armată, confruntare care se desfășoară în imediata apropiere a României. Acest conflict armat determinând folosirea de „arme neconvenționale” și de arme de nimicire în masă interzise prin tratate internaționale. În acest context al evenimentelor majore ale lumii contemporane nu putem omite posibilele consecințe climatice, ale poluării și ale altor „activități umane”, anume valul de seisme fără precedent, în zone care erau din acest unghi considerate ca fiind sigure.

NOUL DREPT DEZBATERI

Speranța societății umane este evident în sensul că întreaga societate evoluează spre mai bine.

Într-o recentă dezbatere științifică¹, se menționează că „Performanțele umane – de la cele tehnologice și economice, trecând prin cele cognitive și instituționale, la performanțe civice, sociale și morale – depind de educație²”.

La aceeași Sesiune științifică, două cadre didactice din învățământul superior juridic³, în comunicarea științifică „Învățământul juridic românesc între speranțe și deziluzii (Cât de departe suntem de șansele unei reforme statale – instituționale serioase)⁴”, autorii menționează că trei discipline juridice importante pentru formarea unui jurist, anume: Teoria Dreptului, Dreptul Constituțional și Dreptul Administrativ, nu au încadrarea corespunzătoare⁵, astfel că pregătirea studenților, viitorii AVOCAȚI și Magistrați apare a fi deficitară.

Astfel trebuie să subliniem, că societatea umană contemporană trece printr-o transformare a sistemului educațional, care dintr-o anumită perspectivă relevă un progres, ale cărui rezultate se vor vedea în viitor. Din perspectiva studiului de față, sistemul actual educațional, implicit cel de pregătire al viitorilor juriști, cunoaște o evoluție pozitivă, cu toate că încă mai există și unele scăderi.

¹ Dezbaterile de la Sinaia, Criza educației (Martie 2019).

² Andrei Marga, *Criza educației – Indicatori de stare și rezolvări*, p. 13, în volumul „Dezbaterile de la Sinaia – Criza educației”, Ed. Ecou Transilvan, 2020, Cluj Napoca.

³ Prof. univ. dr. avocat Cristian Clipa și Prof. univ. dr. avocat Radu I. Motica, de la Facultatea de Drept a Universității de Vest din Timișoara.

⁴ Radu I. Motica și Cristian Clipa, p. 96, în volumul „Dezbaterile de la Sinaia – Criza educației”, Ed. Ecou Transilvan, 2020, Cluj Napoca.

⁵ P. 100, lucrarea citată.

Într-o lucrare dedicată lumii contemporane⁶, un eminent om de cultură, este preocupat de „DOMNIA LEGII (STATUL de DREPT)⁷”, menționând că „Domnia legii implică respectarea nepusă sub condiții a legii aflate în vigoare⁸”.

Același autor⁹, preocupat de constantele Statului de Drept, într-o interesantă lucrare dedicată societății românești contemporane¹⁰, după o analiză aprofundată a valorilor democrației contemporane, în Capitolul „O aplicație: revenirea la justiție” menționează: „Nici o valoare nu s-a bucurat în România ultimului deceniu de o invocare atât de frecventă precum justiția¹¹”.

Politologul Arend Lijphart, distinge existența unor sisteme de drept diferite, în lucrarea „Modele ale democrației¹²”, implicit cu legislații adecvate, ceea ce determină stabilirea evoluției sistemelor de drept.

Există teoreticieni ai Statului de drept¹³, care au analizat „Identitatea dintre stat și drept¹⁴”, și au ajuns la concluzia evoluției dreptului.

Criterii de determinare a progresului sau regresului în societate din perspectiva dreptului

Determinarea evoluției sau a involuției societății contemporane prin raportare la Drept, trebuie să fie făcută prin prisma progresului în Drept ca factor esențial al epocii contemporane.

Dilema „Dreptul și societatea contemporană – evoluție sau involuție” poate fi clarificată, prin stabilirea elementului/elementelor care să fie criteriul obiectiv al răspunsului la această dilemă.

„JUSTIȚIA și VALORILE¹⁵”, este o lucrare esențială, care dă „sens justiției”, astfel că prin analiza legislației și a evoluției societății umane, apare ca fiind evident progresul societății umane. Autorul, arată că „... dreptatea, ... este valoare centrală a justiției¹⁶” și mai susține același autor, că: „Libertatea și dreptatea, cu care justiția este echivalată frecvent sunt valorice stau deasupra altor valori¹⁷, ... ”.

Eforturile Justiției de stabilire a drepturilor și libertăților cetățenești, demonstrează că societatea contemporană este în evoluție, ceea ce determină un progres indiscutabil.

În loc de concluzii

Dreptul și societatea umană contemporană sunt într-o evoluție pozitivă, care ne încurajează că evenimentele din ultimii ani nu au stopat progresul dreptului.

Trebuie să fim optimiști și să sperăm că valorile societății umane și sistemul dreptului nu vor regresa.

Cultura juridică determină continuitate în evoluția societății contemporane, astfel ca Dreptul în societatea actuală să fie un factor de evoluție.

⁶ Andrei Marga, Schimbarea lumii – Globalizare, cultură, geopolitică, Ed. Academiei Române, 2013, București.

⁷ P. 146, opera amintită.

⁸ P. 147, *ib. Idem.*

⁹ Andrei Marga.

¹⁰ Guvernanta și guvernare (Un viraj al democrației), Ed. Compania, 2013, București.

¹¹ P. 190, lucrarea menționată.

¹² Ed. Polirom, 2006, Iași, Seria Științe politice.

¹³ Jaques Chevallier, Statul de drept, Ed. Universitară Craiova și Ed. Universul Juridic – București, 2012.

¹⁴ P. 45, opera citată

¹⁵ Andrei Marga, Ed. Ratio et Revelatio, Oradea, 2017.

¹⁶ P. 42, lucrarea citată.

¹⁷ P. 43, lucrarea citată.

Demarhia sau despre încercarea de îmblânzire a hazardului: între trecut și viitor

[Demarchia or about the attempt to tame the hazard: between past and future]

Cosmin ȚUGUI*

Abstract: Democracies go through a continuous process of successive transformations, which requires a special capacity of adaptation on the part of the citizens, but also of those in charge of the state. The essence of a functional democracy lies in the permanent collaboration between the state and society, based on responsibility, trust and mutual support. Citizens feel systematically excluded from the decision-making process, as democratic practices tend to become more and more formal and the legislative process more and more rigid. That is why the state must encourage civic engagement in all its forms, by developing some normative framework conditions intended to encourage the individual desire of the citizen to get involved. Participatory democracy can be combined with demarchy, representing the drawing of lots of a group of citizens invested with decision-making power on matters of major interest. In an age dominated by the optimism of rational planning, random democratic procedures can help strengthen the legitimacy of representative institutions and rebuild citizens' trust in the political class.

Keywords: Demarchy; Representivity; Lottocracy; Community; Engagement

Considerații introductive

Puterea, fie că ne referim la formele sale de manifestare sau la modul în care aceasta a evoluat de-a lungul epocilor istorice marcante pentru evoluția societății, trezește un interes deosebit de studiu transdisciplinar. În plan filosofic, puterea este asociată strict relațiilor sociale, având rolul de a structura și coordona principalele cadre de acțiune. În funcție de direcția în care aceasta este îndreptată, puterea poate fi tranzitivă, respectiv intransitivă. Max Weber definește puterea (tranzitivă) ca fiecare oportunitate ivită în cadrul relațiilor sociale de a transfera celorlalți propria voință, chiar în ciuda unei opoziții întâmpinate¹. De partea cealaltă, dacă puterea se manifestă cu scopul coagulării unei comunități, discutăm despre forma intransitivă a acesteia. Hegel detaliază acest tip de putere și introduce conceptul reflexiv „putere constitutivă” („konstitutive Macht” sau „Konstitution”), căruia îi conferă conotații social-politice². Cristalizată la confluența dintre individual, ca formă autonomă de afirmare a omului în societate și general – consecință a interacțiunii umane, puterea constitutivă plasează statul la cel mai înalt nivel de moralitate, ca o entitate vie ce reunește voințele individuale și cea generală, considerate antagonice atunci când sunt manifestate simultan. Puterea intransitivă a comunității („Gemeinwesen”) este, astfel, vie, organică și are un caracter constitutiv³.

Puterea de stat a evoluat paralel cu transformările socio-culturale și în funcție de trăsăturile specifice ale comunităților umane în care aceasta se manifesta. Astfel, indiferent dacă vorbim despre despotismul absolut din Orientul Antic, despre democrația ateniană și oligarhia romană

* Student, Facultatea de Drept, Universitatea „Alexandru Ioan Cuza” din Iași; e-mail: cosmin.tugui.mail@gmail.com.

¹ Wessel J. S. (Hrsg.), Brodacz A., Herrmann D., Schmidt R., Schulz D., *Die Verfassung des Politischen*, Ed. Springer VS, Wiesbaden, 2014, p. 303.

² *Idem*, p. 304.

³ *Idem*, p. 305.

sau, ulterior, despre regimurile absolutiste monarhice, trebuie avut în vedere faptul că exercitarea puterii de stat a prevăzut existența unor guvernanți, care impuneau guvernaților ce conviețuiau pe un teritoriu delimitat „*reguli, principii și standarde uniforme [indiferent de] comunitățile locale, rurale și urbane, regiunile, provinciile [cărora guvernații le aparțineau]*”⁴. Raportul dintre cele două tabere poate fi de identitate sau de subordonare, în funcție de centralizarea puterii și „*preponderența puterii centrale*”⁵ în raport cu organele locale de conducere. Statul modern, teoretizat și apărut în secolul al XVIII-lea, ca urmare a victoriei burgheziei în fața structurilor Vechiului Regim, a adus cu sine afirmarea unor tendințe noi în ceea ce privește preocupările asumate la nivelul claselor conducătoare. Aceste preocupări definitorii pentru evoluția modernă a conceptului de statalitate se referă la primatul dreptului sistematizat, abstractizat și codificat, dublat de promovarea în societate a necesității asigurării unui nivel rezonabil de bunăstare economică pentru toți cetățenii. În acest context, interacțiunea dintre cei aflați la putere și indivizii din societate a devenit o competență definitorie a ceea ce se consideră a fi democrația modernă.

Caracteristică pentru democrațiile moderne este legitimarea prin intermediul alegerilor, în cadrul cărora cetățenii au dreptul să-și exprime opțiunile referitoare la persoanele care să-i reprezinte în cercurile de putere de la vârful statului. În această situație se impune o nuanțare: legitimitatea conferită de alegeri nu se răsfrânge asupra rezultatului substanțial – câștigătorul acestora, ci asupra procesului propriu-zis. Prin intermediul alegerilor, candidaților le este validat (sau nu) de către cetățeni mandatul pe care aceștia se angajează să-l ducă la îndeplinire pe durata exercitării funcției pentru care aceștia au ales să candideze. Cu toate acestea, rezultatul alegerilor este considerat legitim inclusiv în situația în care câștigătorul își dezamăgește ulterior electoratul⁶. Acest sistem consacrat de accedere la putere prezintă avantaje și dezavantaje multiple, a căror analiză se impune, dacă este să avem în vedere permanenta dinamică socială care presupune o continuă adaptare a structurilor democratice existente și poate chiar o timidă resemnificare a unor concepte consacrate de-a lungul istoriei.

Alegerile au devenit o componentă subînțeleasă a democrației din prezent, ceea ce, în mod eronat, ne face să reducem un concept atât de complex la majorități, procente și scrutine electorale periodice. De-a lungul istoriei, selecția conducătorilor s-a realizat și pe diverse alte căi, precum ordinea succesorală, cooptarea, concursul, potența financiară sau hazardul. Alegerile au fost preferate datorită componentei epistemice și de legitimare, care asigurau, totodată, un cadru considerat echitabil și în care toți jucătorii beneficiau de aceleași reguli. O justificare pentru utilizarea regulii majorității este dată de teorema marchizului Condorcet, conform căreia probabilitatea relativă ca un grup de votanți să ia decizia corectă prin vot majoritar crește direct proporțional cu numărul membrilor grupului, cu condiția ca posibilitatea în cazul fiecărui votant de a lua decizia corectă să fie de peste 50%. În cazul în care această din urmă condiție nu este îndeplinită, de exemplu, ca urmare a prezentării denaturate a realității de către candidați, probabilitatea crește în sensul adoptării deciziei greșite⁷.

Astfel, democrația actuală, asemeni oricărui produs al interacțiunii interumane, ne furnizează, pe lângă numeroasele satisfacții și reușite trăite colectiv, și o serie de decepții, dezamăgiri, cercetate de numeroși teoreticieni. Istoricul belgian David Van Reybrouck sintetizează disfuncționalitățile democrației prezentului în conceptul „*Demokratiemüdigkeitssyndrom*”

⁴ Balan M., *Drept instituțional și instituții politice (vol. 1)*, Ed. Hamangiu, București, 2015, p. 2.

⁵ *Idem*, p. 3.

⁶ A se vedea, Behnke J., *Wozu Wahlen?* în *Kursbuch*, vol. 174, 49/2013, Nomos Verlag, Hamburg, 2021, p. 10, doi.org/10.5771/0023-5652-2013-174.

⁷ *Idem*, p. 12.

(„*Sindromul democrației obosite*”)⁸, identificând ca principale trăsături ale aceste „*oboseli*” deficitul de legitimitate și eficiență, cauzate de structura rigidă a aparatului legislativ, care împiedică votarea rapidă a legilor sau implementarea imediată a unor proiecte majore de infrastructură.

Profesorul german de drept constituțional Hans Herbert von Arnim, critic al sistemului pluralist, analizează aceeași problematică din perspectiva alegătorilor și vorbește despre fenomenul devenit din ce în ce mai pregnant al desolidarizării la urne, care se accentuează în Europa de Vest încă din primii ani ai perioadei postbelice⁹, dublat de scăderea încrederii în instituțiile statului și a numărului cetățenilor care decid să devină membri activi ai unui partid. Privitor la partidele politice, profesorul consideră că acestea tind să se conserve în prezent asemeni unor grupări minoritare oligarhice, în care posibilitatea de ascensiune este limitată, noilor membri fiindu-le rezervat un adevărat „*tur al boului*”¹⁰ („*Ochsentour*”), până în punctul desăvârșirii carierei politice.

O posibilă cauză a acestor fenomene poate fi reprezentată de faptul că practicile democratice tind să capete un caracter formal, iar cetățeanul se simte eliminat sistematic din cadrul procesului decizional. Politologul german Hubertus Buchstein, citându-l pe sociologul german Hartmut Rosa, autor al teoriei rezonanței, transpune concepția acestuia în planul democrației actuale și consideră astfel ca necesară consolidarea la nivel colectiv a așa-numitei „*convingeri de autoeficacitate*” în rândul cetățenilor („*kollektive Selbstwirksamkeitsüberzeugung*”¹¹), prin configurarea unui „*spațiu politic de rezonanță*” („*politischer Resonanzraum*”¹²) în care vocea societății civile să poată fi auzită direct, dar într-un cadru instituțional, organizat, nu precum în cadrul mișcărilor spontane de protest.

Această înstrăinare insurmontabilă între oamenii de rând, pe de o parte, și instituțiile și structurile existente, de cealaltă parte, poate fi depășită prin consfințirea în plan instituțional a experienței de autoeficacitate, reprezentând, cu alte cuvinte, creșterea gradului de implicare directă a cetățenilor în elaborarea și adoptarea deciziilor, încredințate anterior aproape în exclusivitate factorilor politici. O soluție originală de realizare a acestei experiențe constă în combinarea a două concepții referitoare la democrație, care ocupă un loc aparent marginal în studiile realizate în prezent: teoria aleatorie a democrației, respectiv teoria deliberativă a democrației. Astfel, democrația aleatorie (*demarhia*) presupune atribuirea funcțiilor de decizie la nivelul statului prin intermediul tragerii la sorți. Adjectivul „*aleatoriu*” este derivat din termenul latinesc „*alea*” care se traduce prin zar sau risc. De partea cealaltă, caracterul deliberativ presupune accentuarea rolului dezbaterii în societate în procesul de adoptare a legilor sau de implementare a unor proiecte de mare amploare.

La o primă vedere, într-o epocă dominată de optimismul planificărilor raționale și în care deciziile sunt luate pe baza argumentelor științifice, revenirea la practica tragerii la sorți ar putea fi considerată un adevărat afront la adresa a tot ceea ce se fundamentează pe ideea de rațiune, dreptate, justiție. Cu toate acestea însă, tragerea la sorți este imparțială și protejează imaginea celor

⁸ Van Reybrouck D., *Gegen Wahlen: warum Abstimmen nicht demokratisch ist.*, Wallstein Verlag, Göttingen, 2016, pp. 24-26.

⁹ Spre exemplificare este luată mișcarea *Ohne-mich-Haltung* care milita pentru un individ centrat pe viața sa personală, fără vreo implicare concretă a acestuia în societate.

¹⁰ Von Arnim H. H., *Volksparteien ohne Volk: Das Versagen der Politik*, C. Bertelsmann Verlag, München, 2009, p. 51.

¹¹ A se vedea, Buchstein H., *Demokratie und politische Selbstwirksamkeit* în *Forschungsjournal Soziale Bewegungen*, vol. 31, 3/2020, De Gruyter Oldenbourg, Wiesbaden, 2018, <https://doi.org/10.1515/fjsb-2018-0011>, p. 95

¹² *Ibidem*.

implicați. Fiecare tragere la sorți constituie un punct atemporal, independent de istorie și experiență. Aceasta scutește desfășurarea unor negocieri interminabile și, mai ales, elimină constrângerea părților de a ajunge la un consens. Pe lângă aceasta, lozul previne apariția unor constelații de putere sau situațiile în care una dintre părți ajunge să exercite o influență nedorită asupra celorlalți. Pe baza unui cadru și a unei liste de opțiuni întocmite anterior, tragerea la sorți instaurează o formă de egalitate radicală și transferă povara deciziei finale la un nivel superior, care excede câmpului de acțiune al părților implicate.

1. Câteva aplicări ale tragerii la sorți în istorie

Chiar dacă tragerea la sorți, ca instrument de luare a deciziilor, are o tradiție impresionantă, ce se întinde până în Antichitate, totuși este interesant cum această practică a căzut, aproape în totalitate, în uitare odată cu desfășurarea revoluțiilor politice între secolele al XVII-lea și al XIX-lea, care au pus bazele statelor moderne.

Dacă ne referim la Grecia Antică, tragerea la sorți avea o importanță centrală în cadrul vieții politice ateniene. Procedura posedă, fără îndoială, și o latură mitologică, dacă avem în vedere mitul conform căruia zeii au împărțit lumea prin tragere la sorți, iar astfel lui Poseidon i-a revenit marea, lui Hades lumea de dincolo de moarte, iar lui Zeus cerurile. Lozul (*kleros*) era o formă de revelare a destinului (*moira*) fiecăruia și răspundea totodată principiului egalității în fața legii și prin lege (*isonomia*).

Aristotel consideră că distribuirea aleatorie a funcțiilor constituie esența democrației, deoarece permite tuturor cetățenilor să participe la conducerea cetății. De partea cealaltă, alegerile, cu excepția acelor care nu condiționează dreptul de vot de plata unui cens, le asimilează regimurilor oligarhice. Fiecare cetățean era eligibil pentru a se înscrie în tragerea la sorți, conform principiului „*ho boulomenos*” („*oricine vrea*”).

Adunarea Populară, *Ekklesia*, era formată din toți cetățenii (bărbați) cu vârsta de peste 18 ani, capabili de a purta arme. Aceasta consfințea egalitatea și libertatea cuvântului (*isegoria*) și se întrunea periodic pentru a discuta diverse tipuri de probleme.

În timpul arhontelui atenian Clistene sunt înființate două instituții importante: tribunalul democratic (*Heliaia*), respectiv „*Sfatul celor cinci sute*” (*Boule*), cu scopul de a contrabalansa consiliul aristocratic (*Areopagus*)¹³.

6.000 de cetățeni sunt extrași anual pentru a deveni membri în cadrul *Heliaia*. Această instanță de judecată se poate întruni în ședință plenară, dar mai comună era împărțirea membrilor în diverse instanțele populare (*dikasteria*), în funcție de natura cauzelor ce se dedau judecății.

Format din 500 de cetățeni, *Boule* constituie organul central al democrației ateniene, întrucât pregătește sesiunile Adunării Populare, adoptă legi, are atribuții în plan judiciar, exercită prerogative în domenii precum organizarea militară, politica externă sau finanțele publice. Funcțiile în cadrul Consiliului sunt, de asemenea, trase la sorți, iar președinția este aleasă zilnic, la apus, pentru ziua următoare¹⁴.

Pentru asigurarea desfășurării unei proceduri juste, atenienii au creat un dispozitiv, *klêrôtêrion*, o stelă de marmură de mărimea unui om, amplasată în templul lui Tezeu, ce era dotată cu cinci rânduri de fante, în care erau introduse tăblițe de către cetățeni. Simultan, în partea laterală, sunt introduse o serie de bile albe și negre. Bila albă însemna că respectivul era selectat în ziua respectivă pentru a face parte din instituțiile deliberative.

¹³ Van Reybrouck D., op. cit., pp. 62-82.

¹⁴ Sintomer Y., *Das demokratische Experiment*, Ed. Springer VS, Wiesbaden, 2016, pp. 43-49.

În Evul Mediu, alegerea Dogelui, principele Republicii Venețiene, s-a desfășurat după o procedură care îmbina componenta electorală cu cea aleatorie. Veneția era o republică oligarhică, puterea fiind împărțită între un număr relativ restrâns de familii nobiliare, iar tragerea la sorți era mijlocul preferat de a evita conflictele și jocurile de putere¹⁵. Guvernarea stătea în mâinile a câtorva sute – până la câteva mii de nobili, reprezentând doar un procent din populația totală. Dogele deținea funcția pe viață, dar, spre deosebire de regimul monarhic, funcția nu era ereditară.

Limitele puterii dogelui, cât și procedura de alegere erau înscrise în *Promissione Dogale*, un fel de cartă cu rol de constituție, care includea și jurământul pe care fiecare nou doge, la momentul investirii, era obligat să-l rostească. Dogele era investit cu mandat viager de către Marele Consiliu (*Mazor Consegio/ Consiglio Grande*), reunind aproximativ 500 de membri, care se întrunea în ședință solemnă. Alegerea propriu-zisă este considerată, datorită numeroaselor etape succesive, dar și longevității sale (până în 1797), una dintre cele mai ingenioase capodopere ale sistemului politic electiv, din toate timpurile¹⁶.

Procesul debuta cu membrul cel mai tânăr al Consiliului care, părăsind sala, trebuia să revină cu primul copil care îi ieșea în cale, despre care se spune că trebuia să aibă între opt și zece ani. În mijlocul sălii era amplasată o urnă, în care fiecare membru al Consiliului depusese o bilă din lemn (*ballotta*) inscripționată cu numele său. Băiatul (*ballotino*) extrăgea treizeci de bile (cei extrași nu puteau fi din aceeași familie sau avea legături de sânge), iar cele treizeci de bile erau reduse la nouă prin tragere la sorți. Cei nouă extrași (primul colegiu electoral) extind numărul la patruzeci, dar de data aceasta prin vot cu majoritate calificată (fiecare propunere trebuia să primească minim șapte voturi). Cei patruzeci sunt reduși la doisprezece prin tragere la sorți, iar cei doisprezece (al doilea colegiu electoral) aleg diferența până la douăzeci și cinci. Cei douăzeci și cinci sunt reduși la nouă, iar cei nouă (al treilea colegiu electoral) aleg diferența până la patruzeci și cinci. Cei patruzeci și cinci erau reduși la unsprezece, iar cei unsprezece (al patrulea colegiu electoral) alegeau diferența până la patruzeci și unu de membri. În fine, cei patruzeci și unu (al cincilea și ultimul colegiu electoral) alegeau dogele în forma unui conclav, cu majoritate de douăzeci și cinci de voturi. Întreaga procedură electivă are zece etape și combină tragerea la sorți și alegerea cu majoritate calificată. Imediat după alegere, rezultatul este comunicat public, iar, spre celebrarea noului doge, era organizată o serbare populară¹⁷.

Procedura tragerii la sorți era utilizată în Veneția și pentru ocuparea unor posturi din administrație, însă ca în cazul numirii dogelui, nu era vorba despre asigurarea unei mai bune reprezentativități sau proiectarea egală a șanselor, ci, mai degrabă, alte două explicații s-au impus: fie ca formă de descifrare a voinței divine (*sors divinatoria*), fie ca instrument laic de dezamorsare a tensiunilor între familii. Inaugurată în 1268 și aflată în vigoare până în anul 1797, procedura a consacrat alegerea a 75 de dogi din 44 de familii distincte, care au stat la conducere în medie 6,85 ani fiecare.

2. Demarhia în prezent

Statul nu trebuie să inhibe, ci să protejeze și să recunoască angajamentul civic. În acest scop, o nouă abordare în relația dintre stat și societate, bazată pe responsabilitate, încredere și sprijin reciproc prevede consolidarea societății civile („*Bürgergesellschaft*”), prin elaborarea unor condiții-cadru normative menite să încurajeze dorința individuală de implicare a fiecărui cetățean. Deschiderea instituțiilor statului și a proceselor decizionale la nivel local (sau chiar național)

¹⁵ Van Reybrouck D., *op. cit.*, pp. 71-82.

¹⁶ Sintomer Y., *op. cit.*, pp. 72-75.

¹⁷ *Ibidem*.

pentru participarea civică presupune înzestrarea cu putere constrângătoare a adunărilor cetățenești pentru organele statului, responsabile ulterior de implementarea celor hotărâte. Municipalițiile locale, așa-numitele „Școli ale democrației” sunt principalele puncte de cristalizare ale societății civile active, iar de la acest nivel poate începe concretizarea reformei de reîmpărțire a responsabilităților între politică, administrație și cetățeni.

Procedurile participative cetățenești pot avea funcție consultativă, când se promovează un discurs mai informal, sau pot fi înzestrate cu putere decizională, astfel integrând elemente de democrație directă, în cadrul căreia funcția legislativă este îndeplinită de adunări compuse din cetățeni aleși aleatoriu. În primul caz, cetățenii selectați acționează în calitate de consultanți, pe când în al doilea, devin direct decidenți. Statisticile au arătat, în mod evident, că administrațiile locale/ naționale tind să recunoască contribuția cetățenilor planificatori, dacă acestea devin constrânse să implementeze cele hotărâte în cadrul adunărilor organizate.

„Celulele de planificare” („*Planungszellen*”) sunt o formă de implicare cetățenească, concepută de sociologul german Peter Dienel, ce presupune selectarea prin tragere la sorți a douăzeci și cinci de cetățeni (deveniți așa-numiți „*planificatori laici*” - „*Laienplaner*”), care, scutiți de îndatoririle profesionale pentru o perioadă de maxim trei săptămâni, trebuie să găsească soluții la probleme de interes public definite anterior, fiind asistați în acest sens de doi specialiști și doi însoțitori de proiect¹⁸.

Mare parte dintre cetățenii din prezent sunt deschiși către orice formă de implicare cetățenească, deoarece au această conștiință a responsabilității privitoare la configurarea binelui comunitar. Prin cooptarea lor, ei pot aduce valoare adăugată datorită propriilor cunoștințe profesionale, experienței lor de viață sau, pur și simplu, ca persoane direct afectate de chestiunea adusă în discuție în cadrul respectivei celule de planificare. În ceea ce privește oportunitățile de autoeficacitate colectivă, astfel de organisme devin veritabile arene de dezbatere, în cadrul cărora plăcerea interacțiunilor sociale se îmbină cu utilitatea prin găsirea unor soluții concrete la probleme stringente din viața comunității. În cadrul celulei, toți participanții au aceleași drepturi și obligații, iar posibilitatea de socializare atât în context formal în discuțiile plenare sau în grupuri de discuții aplicate, cât și informal, de-a lungul pauzelor între unitățile de lucru, contribuie la coagularea unor relații de încredere și empatie reciprocă.

Celula de planificare permite, în primă fază doar celor direct implicați, să se informeze, din surse neutre, în legătură cu un subiect controversat de administrație publică, despre care se vorbește mult în societate, fără însă a se cunoaște cu adevărat toate datele problemei. Pe durata sesiunilor de lucru, cetățenii-planificatori sunt remunerați pentru munca prestată, precum se practica și în Grecia Antică. Pe termen lung, experiența participării contribuie la integrarea socială și favorizează o schimbare de optică în raport cu factorul decizional politic, cel puțin la nivel local.

Modul de lucru este structurat în două secțiuni distincte: discuții plenare cu experții invitați, respectiv consfătuiri în grupuri de mici dimensiuni (maxim cinci persoane), a căror componență se schimbă permanent, pentru a se asigura un schimb continuu de idei și a se dezamorsa eventualele conflicte. Mai mult decât atât, prin această practică se evită cristalizarea unor grupuri care pot rămâne cu o reprezentare trunchiată, incompletă a respectivei probleme din cauza tendinței anumitor membri de a-și impune, cu orice preț, punctul de vedere în fața celorlalți¹⁹.

La finalul proiectului deliberativ (după încheierea fazei active de planificare), un grup de participanți, alături de cei doi coordonatori lucrează la elaborarea unui raport sintetic al discuțiilor

¹⁸ Dienel P. C., *Die Planungszelle. Der Bürger als Chance*, ed. a 5-a, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2002 pp. 74-107.

¹⁹ *Idem*, p. 111-127.

purtate, care este predat, în cadrul unei ceremonii festive de închidere, autorității care a solicitat organizarea celulei (statul sau persoane juridice cu scop lucrativ). Momentul înmânării raportului, precum și proiectul propriu-zis în etapele desfășurării sale, sunt mediatizate intens în presa locală, tocmai pentru a evidenția caracterul reprezentativ al lucrărilor și a aduce la cunoștința tuturor celor interesați rezultatele dezbaterilor. O astfel de abordare transparentă contribuie la creșterea nivelului de încredere în rândul locuitorilor față de cetățenii planificatori, dar, mai ales, față de autoritatea care a susținut organizarea celulei²⁰.

Raportul reunește sintetic recomandări, propuneri și idei individuale sau rezultate în urma consfăturilor de grup. Munca „planificatorilor laici” este foarte atent documentată, astfel încât, odată dat publicității, raportul să poată furniza o imagine cât mai edificatoare și transparentă asupra celor discutate în cadrul celulei, de care să poată beneficia și cetățenii care nu au fost selectați. Pe lângă aceste informații, în rapoarte este descrisă procedura selecției aleatorii și modul de lucru, iar la final sunt menționați sub semnătură participanții, membrii comitetului de organizare și experții invitați²¹.

În practică, chiar dacă nu toate recomandările înscrise ajung să fie implementate, totuși există o certitudine, pe care autoritatea care a comandat proiectul trebuie să o aibă în vedere: implementarea recomandărilor din raport beneficiază de o rată de acceptare ridicată în societate, așadar sunt evitate astfel eventuale discuții contradictorii în momentul demarării proiectului.

Celulele de planificare pot contribui la deblocarea unor probleme de infrastructură, pe care administrația locală nu le poate gestiona, întrucât se impun proiecte majore, care divizează opinia publică. Un astfel de exemplu este legat de proiectul de reorganizare al traficului în orașul german Gevelsberg, un oraș de aprox. 30.000 de locuitori, care din cauza poziționării sale în vale, la mijlocul distanței pe axa economică Wuppertal/Schwelm – Hagen/Dortmund, suporta, prin centrul orașului (strada comercială – Mittelstraße), traficul supraaglomerat generat de autoturismele aflate în tranzit. De-a lungul anilor, după 1989, au fost propuse diverse proiecte de rute ocolitoare, însă din cauza nemulțumirilor vocale exprimate de diverse grupuri de interese și pentru a nu pierde din voturile alegătorilor, puterea politică nu s-a încumetat în a lua o decizie definitivă. Pe acest fundal, au fost convocate patru celule de planificare, în care au fost cooptați prin tragere la sorți, pentru patru zile, 143 de cetățeni, un eșantion reprezentativ pentru populația orașului și eterogen în privința criteriilor avute în vedere (vârstă, profesie etc.). Activitatea, desfășurată de-a lungul a patru zile lucrătoare, a fost împărțită în 14 unități de lucru, în cadrul cărora dezbaterile au pornit de la chestiuni de ordin general (de exemplu, ce elemente sunt definitorii pentru oraș), culminând ulterior cu discutarea unei soluții pentru decongestionarea traficului. Cetățenilor li s-au prezentat exhaustiv diverse scenarii, pentru care au votat în grupurile de lucru. În urma deliberărilor, s-a optat pentru o dublă redirecționare a traficului, prin extinderea rutei ocolitoare din nord și construirea unei astfel de rute și în zona de sud, al cărei traseu exact a constituit, de asemenea, obiectul unor discuții ample²².

Procedura deliberativă, având ca actori implicați cetățeni aleși prin tragere la sorți, a fost implementată și la scară mai mare, la nivel regional.

În 2004, reforma sistemului electoral în Columbia Britanică a fost încredințată unei adunări formate din 160 de cetățeni (*Citizens' Assembly*) aleși prin tragere la sorți. În Canada era în vigoare sistemul electoral britanic, care corespundea principiului „*Winner-takes-all*”, iar intenția era de a se trece la sistemul electoral bazat pe reprezentare proporțională. Lucrările adunării s-au întins

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Dienel P. C. (Hrsg.), *Die Befreiung der Politik*, VS für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2005, pp. 26-34.

²² Strubelt W. (Hrsg.), Dienel P. C., Zilleßen H., *Die Modernisierung der Demokratie: internationale Ansätze*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1993, pp. 202-219.

aproximativ pe durata unui an calendaristic, fiind organizate reuniuni periodice, în trei locații distincte.

Recrutarea cetățenilor s-a desfășurat în trei etape distincte. În primul rând, a fost extras aleatoriu un eșantion de cetățeni (random sample) din registrul de evidență a persoanelor cu drept de vot. Aceștia au primit o invitație prin poștă pentru a participa la o sesiune de informare. Ulterior, s-a realizat o auto-selecție dintre cei care participat la respectivul eveniment și și-au manifestat interesul de a se implica mai departe. Din rândul acestor candidați, a fost extrasă componența definitivă, avându-se în vedere paritatea sexelor și o distribuție echilibrată pe vârste. Și în plan profesional componența adunării era variată, iar persoanele selectate activau ca muncitori, profesori, studenți, îngrijitori, funcționari publici, antreprenori, informaticieni sau contabili. Într-o primă fază, participanții au avut ocazia să se familiarizeze cu subiectul prin intermediul unor experți invitați. Mai apoi, au urmat dezbateri și consultări între membrii adunării. În cele din urmă, aceștia au formulat o propunere concretă de lege electorală²³.

Analizând concluziile exprimate de participanți în raportul înaintat, este cu adevărat frapantă profunzimea ideilor articulate de către o serie de cetățeni, care, cu un nivel de educație și meserii diferite în societate, dovedesc capacitatea de a lua decizii raționale și rezonabile pe o temă de interes public, cu care nu erau familiarizați anterior cooptării în cadrul proiectului.

3. Demarhia la scară europeană

Problema integrării europene a stat permanent sub semnul unei dezbateri care a coagulat curente de opinie distincte, chiar antagonice. De la păreri care susțin că această integrare ar fi devenit deja mult prea „profundă”, la afirmații care demonstrează exact contrariul. Această chestiune este dublată și de constatările relativ recente, desprinse din diverse sondaje realizate la nivelul statelor membre, conform cărora Uniunea suferă, în prezent, de un deficit central de democrație, încurajat, printre altele, și de tendința de copiere a modelului de administrație al statelor naționale, care vine, la rândul său, cu o serie de dezavantaje.

Profesorul german Armin Schäfer identifică patru tabere distincte asupra modului în care poate fi corectat acest deficit de democrație: optimiștii, pesimiștii, apologeții și fataliștii, analizând fiecare perspectivă prin evidențierea a două aspect comune: democratizarea și reforma instituțională. Astfel, dacă optimiștii consideră democratizarea Uniunii și armonizarea instituțională ca o țintă dezirabilă, fataliștii sunt de părere că o democratizare a UE i-ar afecta în mod decisiv stabilitatea, ceea ce nu este de dorit. Pesimiștii susțin că o democratizare ar fi de dorit, însă nu este posibilă, întrucât nu există (încă) o identitate și o solidaritate europeană comună, în timp ce apologeții nu susțin ideea unei democratizări, întrucât ar afecta la nivel structural capacitatea de acțiune a Uniunii²⁴.

Ideea democratizării Uniunii Europene printr-o reconfigurare a cadrului instituțional a fost vehiculată sub diverse formule, obiectivele vizate referindu-se, în mare parte, la aceleași aspecte: creșterea eficienței, respectiv îmbunătățirea capacității de acțiune a instituțiilor. În fața curentelor de opinie naționaliste, care câștigă un număr important de adepți în fiecare stat-membru, reforma organelor UE ar contribui la transparentizarea procesului decizional și la creșterea încrederii în instituții, dar mai ales în funcționarii care le ocupă.

²³ Van Reybrouck D., *op. cit.*, pp. 121-127.

²⁴ Buchstein H., *Demokratie und Lotterie: Das Los als politisches Entscheidungsinstrument von der Antike bis zur EU*, Campus Verlag, Frankfurt am Main, 2009, pp. 431-432.

Profesorul german Hubertus Buchstein propune „o *agendă de reforme democratice aleatorii*” (*aleatorische EU-Reformagenda*²⁵) prin introducerea tragerii la sorți ca procedură electivă în cadrul Comisiei și al Parlamentului European. Concret, în cazul Comisiei s-ar impune ca instituția să devină mai suplă, iar împărțirea posturilor de comisari între statele membre să se realizeze în urma unei trageri la sorți ponderate. Congruența din prezent dintre numărul de state-membre și numărul de comisari nu se justifică, întrucât, în cazul Comisiei, organ prin excelență supranațional, colegial, comisarii acționează în interesele Uniunii, independent în raport cu autoritățile statului de origine.

Problema numărului de comisari a devenit un laitmotiv al ultimelor tratate. Aceasta a fost reglementată într-un fel, dar, ulterior, formula aleasă inițial a fost abandonată și înlocuită cu o formă de compromis. Astfel, în tratatul de la Nisa se menționa că de la 27 de state-membre, numărul comisarilor avea să scadă, fiind introdus sistemul unei rotații egale în drepturi. Ulterior, în cadrul proiectului de constituție, numărul comisarilor era stabilit la cincisprezece, însă, chiar și în această situație, restul statelor-membre puteau să trimită câte un comisar care însă nu avea drept de vot. Numărul comisarilor putea, de asemenea, fi modificat printr-o decizie în unanimitate a Consiliului European. Prin tratatul de la Lisabona era întărită aceeași procedură (sistemul unei stricte rotații egale în drepturi), însă în decembrie 2008, prin decizia Consiliului European, dată în contextul eșecului referendumului în Irlanda, se revine la sistemul „*one state-one seat*”, o nouă revizuire a mărimii Comisiei fiind programată cu prilejul legislaturii din 2019 sau la momentul aderării celui de-al 30-lea stat-membru.

Pentru a satisface implementarea principiului „*one state-one seat*”, au fost create comisariate mărunte, care reduc astfel eficiența de lucru a instituției, ce nu depinde, de altfel, de numărul statelor membre, ci de împărțirea și structurarea domeniilor de resort. De aceea, o reformare a instituției ar constitui o idee de bun augur. Împărțirea celor cincisprezece comisariate, o dată la cinci ani, între statele-membre s-ar realiza prin intermediul unei loterii ponderate, în cadrul căreia cota fiecărui loz ar fi calculată prin aplicarea principiului proporționalității digresive (la fel ca în cazul distribuirii locurilor în Parlament), care presupune o ușoară subreprezentare a statelor mari și o reprezentare de până la 900% a statelor mici. În situația distribuirii locurilor în Comisie, proporțiile diferite ale fiecărui loz s-ar traduce în favoarea statelor mari, în cazul cărora ar exista o probabilitate mai mare de a fi reprezentate în fiecare Comisie investită. Au fost realizate diferite simulări, din care a rezultat că statele mari (Germania, Franța, Italia, Spania) ar fi reprezentate în aproximativ 8 din 10 legislaturi, iar în 150 de ani, în proporție de peste 99%, toate statele-membre au fost trase la sorți măcar o dată. Dezavantajul acestei metode este nereprezentarea statelor mici – cazul statului Luxemburg care ar putea rămâne nereprezentat 85 de ani consecutiv, conform calculelor efectuate. Pentru a contracara acest disconvenient, s-a încercat varianta împărțirii statelor în trei grupe, în funcție de populație: Elefanții (statele cu peste 38 milioane de locuitori), Gazele (statele cu populație între 6 și 22 milioane de locuitori), respectiv Șoarecii (statele cu populație mai mici de 6 milioane de locuitori), ceea ce duce la o îmbunătățire ușoară a reprezentativității statelor mici. Această reformă nu ar aduce atingere etapelor succesive ale procesului de investire a Comisiei, de la votarea în Consiliu a Președintelui, alcătuirea cabinetului și acordarea votului de încredere în Parlament²⁶.

În ceea ce privește Parlamentul European, procedura tragerii la sorți ar putea fi integrată în două contexte diferite. În primul rând, deputații europeni pot fi distribuiți în comisiile de lucru pe

²⁵ Buchstein, H., Hein, M., Jünger, J., *Die „EU-Kommissionslotterie“. Eine Simulationsstudie* în *Die Versprechen der Demokratie*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2013, p. 190-227.

²⁶ *Ibidem*.

baza lozului, și nu pe baza principiului specializării. Acest din urmă sistem poate fi avantajos prin faptul că garantează competența profesională a unora dintre membrii comisiilor de lucru, însă, în același timp, sistemul devine vulnerabil întrucât, din cauza continuității personale în comisii, se formează structuri de putere care pot ajunge să dicteze linii de decizie sau să fie influențate mai facil de grupurile de lobbism (Agenții de Public Affairs) care militează pentru propriile interese. Faptul că în această situație există o probabilitate mai ridicată ca membrii comisiilor să nu fie familiarizați cu domeniile respective se poate converti într-o motivație suplimentară de a se informa prin consultarea direcțiilor generale din cadrul Parlamentului (organe tehnocrate neutre), dar și de a interacționa cu diferiți actori din societate, inclusiv în manieră spontană, neorganizată²⁷.

Probabil însă pasul cel mai îndrăzneț înspre o nouă etapă a democratizării și transparenței decizionale în cadrul UE ar fi reprezentat de înființarea unei a doua camere a PE, și anume *Camera Lozurilor* (*House of Lots/ Loskammer*), pe deplin instituționalizată și integrată în procesul decizional. Această cameră eterogenă, însărcinată cu dezbateră inclusiv a unor chestiuni deosebit de controversate, ar putea contribui la depolitizarea unor probleme de interes major, pe care sfera partidelor politice le exploatează strategic, în funcție de postura de guvern sau de opoziție. *House of Lots* ar fi alcătuită din 200 de membri-cetățeni, susținuți financiar și logistic și selectați printr-o loterie ponderată pentru a îndeplini un mandat de 2,5 ani, fără posibilitate de reînnoire. Atribuțiile acestei camere s-ar răsfrânge asupra planului legislativ, deciziile acesteia fiind adoptate cu majoritate de trei sferturi. Camera ar putea emite recomandări pentru celelalte instituții în ceea ce privește adoptarea legilor și ar beneficia de drept de inițiativă legislativă, inclusiv în privința revizuirii tratatelor. Inițiativele din partea Camerei Lozurilor, tocmai fiindcă reflectă *per se* voința cetățenilor europeni, ar beneficia de o procedură legislativă mai scurtă în PE (o singură citire a proiectului, urmată de o dezbatere în cadrul comisiilor și, în fine, votul cu majoritate absolută în plen). Definitiv pentru această cameră ar fi dreptul de veto absolut referitor la toate actele legislative emise, în perioada cuprinsă între adoptarea și intrarea propriu-zisă în vigoare a acestora: 14 zile ca termen de avizare, iar acest termen poate fi prorogat la 90 de zile, interval în care camera poate respinge definitiv actul normativ. Această cameră ar urma să-și desfășoare activitatea în grupuri de lucru formate din 15-30 de membri, care, pe baza consilierii oferite de către un departament științific independent, sunt invitați să dezbată aplicat și aprofundat temele majore de interes pentru Uniune²⁸.

În încercarea de a diagnostica deficitul de democrație cu care se confruntă UE în perioada de față, aceste reforme pot contribui la o mai bună integrare socială, într-un cadru comun, al cetățenilor provenind din toate statele-membre. Totodată, corelarea democrației aleatorii cu o implicare mai vizibilă a societății civice la vârful decizional al structurilor europene contribuie la consolidarea încrederii în proiectul european.

Considerații finale

Încă din epoca modernă, simultan recunoașterii și consacrării juridice a drepturilor și libertăților fundamentale, s-a scris despre binomul stat-societate civilă. Timpurile actuale ne invită să abandonăm concepția tradițională legată de semnificațiile statului și să înțelegem că se impune o nouă abordare în ceea ce privește soluționarea conflictelor și disensiunilor, care plasează pe poziții contradictorii reprezentanții instituțiilor statului și cetățenii obișnuși. O societate crește în

²⁷ Buchstein H., *op. cit.*, pp. 440-444.

²⁸ *Idem*, pp. 445-452.

măsura în care reușește să-și rezolve conflictele într-o manieră civilizată: așa-numita *integrare prin conflict*²⁹.

Instituirea în societate a unor practici demarhice nu trebuie asimilată căderii în desuetudine a instituțiilor reprezentative consacrate ale democrației electivă, ci, dimpotrivă, trebuie să contribuie la legitimarea acestora din urmă. Implementarea unor măsuri democratice participativ-aleatorii contribuie, în primul rând, la conturarea unei reprezentări mai fidele a intereselor cetățenilor. Exemple precum Celulele de planificare sau Citizens' Assemblies demonstrează că dezbaterile cetățenească reprezintă cea mai benefică opțiune pentru soluționarea unor proiecte controversate, îndelung amânate sau cu relevanță directă de viitor, care, tocmai din cauza efectelor majore pe care acestea le produc pentru întreaga comunitate, se blochează în sfera mediului politic, dominat, nu de puține ori, de interese adiacente³⁰. Interesul cetățenilor pentru „res publicas”, factor generator de solidaritate, oricât de natural, firesc ar putea părea într-o societate democratică, nu se naște de la sine, ci trebuie educat și încurajat de jos în sus (*bottom-up*), adică de la nivelul comunităților locale.

În mod evident, motivația cetățenilor de a se implica se află în legătură directă și cu impactul concret pe care îl pot avea (sau nu) concluziile dezbaterilor la care aceștia au participat. De aceea, rapoartele/propunerile întocmite cu prilejul acestor adunări trebuie să capete relevanță juridică și să fie tratate cu prioritate de către organele executive. Concluziile înscrise în respectivele rapoarte beneficiază de o aprobare socială largă, deoarece acestea emană din voința concretă a cetățenilor legitimați prin selecția aleatorie, și nu rezultă ca urmare a unor negocieri desfășurate în spatele ușilor închise.

²⁹ Beck K., Ziekow J., *Mehr Bürgerbeteiligung wagen. Wege zur Vitalisierung der Demokratie*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2011, pp. 179-199.

³⁰ *Ibidem*.

Secțiunea – Drept european/drept internațional public

[The Section – European Law/Public International Law]

Dinamica dreptului internațional în societatea contemporană și transdisciplinaritatea sa

[Dynamics of International Law in Contemporary Society and its Transdisciplinaryness]

Dr. Cristina Elena POPA-TACHE*

Abstract: *Today's society has experienced an unprecedented level of world crises, from armed conflicts to financial and health crises. Their management and prevention solutions have led to the proliferation of digitization and the search for new strategic solutions. We can list non-exhaustively: drone warfare, new technologies, the use of lawfare in self-defense, the position of power of terrorist groups and non-state actors (felt in Brazil, China, Russia, India, Israel, the United Kingdom, etc.). Thus, society increasingly moved towards shaping international norms, towards creation and transdisciplinarity as a tool for the regulation of all derivative aspects, observing the influence of strategic and technological developments on the meaning and interpretation of international law itself. The life and evolution of „norms, like many other social processes, are complex combinations of normative, instrumental, and other constraints and causes of action.” A current of constructivism of evolution and diffusion of international norms appeared. The arguments and conclusions of this paper are meant to emphasize the importance of understanding reality, going through the appropriate meta-analysis filtered through the ethos of the researcher. The specific scientific introspection method correlated with the transdisciplinary type method based on primary and secondary sources from scientific journals, books, documents, expert opinions and other publications was used for the elaboration of this article.*

Keywords: *Society; Transition; World Crises; International Law; Transdisciplinarity*

JEL code: *F50, K33, O30.*

1. Introducere

Dinamica dreptului internațional public în societatea contemporană este puternic influențată de schimbările politice, economice și sociale din întreaga lume. În timp ce dreptul internațional a fost cândva considerat un domeniu separat de orice influență a oricărei alte discipline, astăzi este din ce în ce mai mult inter sau transdisciplinar și se intersectează cu alte domenii ale cunoașterii, cum ar fi științele politice, economia, sociologia, filosofia și psihologia. Cu acest fenomen se confruntă toate domeniile de drept. Într-o lume globalizată, în care interacțiunile dintre state și alte entități sunt din ce în ce mai complexe și mai frecvente, dreptul internațional este esențial pentru a dezvolta, în primul rând, reglementarea relațiilor internaționale și promovarea păcii și a cooperării între națiuni, fiind esențial pentru abordarea provocărilor globale actuale, cum ar fi schimbările climatice, securitatea cibernetică, combaterea terorismului, drepturile omului și migrația.

Prin urmare, putem spune că dreptul internațional se bucură astăzi de universalitate. Tradițional, universalitatea acestui domeniu se referă la dreptul internațional ca la un sistem de drept global, care are validitate la nivel mondial și este obligatoriu pentru toate statele. În acest sens, universalitatea dreptului internațional se referă în primul rând la aspectele formale ale dreptului internațional și cuprinde forma statului modern și, odată cu aceasta, principiile egalității

* Cercetător independent, doctor în drept internațional, membră a European Society of International Law. Web of Science Researcher ID: HGA-3707-2022 – [http://www.webofscience.com/wos/author/record/\[ResearcherID\]](http://www.webofscience.com/wos/author/record/[ResearcherID]); ORCID Researcher ID: <https://orcid.org/0000-0003-1508-7658>. cristinapopatache@gmail.com.

suverane, neintervenției, coexistenței pașnice și cooperării între statele independente¹. Din această perspectivă, dreptul internațional public se prezintă ca o *matematică* recentă a dreptului contemporan. Evoluțiile istorice au determinat trecerea acestui domeniu de la izolarea sa către universalitatea de astăzi. Unii autori consideră ca dreptul internațional s-a universalizat atunci când juriștii din politici semi-periferice, cum ar fi Japonia, Imperiul Otoman și statele latino-americane, și-au însușit gândirea juridică din internaționalul european². Asistăm la conturarea trecerii dreptului internațional din anonim, către universal, pe fondul interconexiunilor din ce în ce mai dese dintre subiecții acestui drept³. Această universalitate este de fapt direcția spre destinația *trans*, și reprezintă o evoluție firească dată de societatea aflată în tranziție. Se poate spune că transdisciplinaritatea și universalitatea își sunt suport reciproc în soarta dreptului internațional.

Transdisciplinaritatea⁴ dreptului internațional se poate descoperi în procesul de elaborare și aplicare a dreptului internațional, prin colaborarea firească între experți din diferite domenii pentru a găsi soluții adecvate pentru problemele complexe actuale. Dacă ar fi să prezint un exemplu, acela ar fi dat de elaborarea politicii de combatere a schimbărilor climatice în care specialiștii în domeniul dreptului internațional colaborează cu experți din domeniul științelor naturale și al tehnologiei pentru a dezvolta politici, strategii, sau norme care să răspundă la provocările actuale. Conceptul de transdisciplinaritate are rangul de metodă de cercetare⁵ și câștigă o atenție sporită în educația dreptului internațional, ca mijloc de a oferi o abordare mai holistică a studiului dreptului internațional. Metoda de cercetare transdisciplinară urmărește să reducă diviziunea care îngustează disciplinele și să integreze perspectivele diferitelor discipline pentru a înțelege mai bine complexitățile sistemului global. În acest mod, transdisciplinaritatea are potențialul de a extinde domeniul de aplicare al educației și al cercetării în drept internațional, permițând celor interesați să exploreze legăturile dintre aspectele juridice, politice, economice, sociale și culturale ale dreptului internațional⁶. În niciun caz, abordarea metodei *trans* nu poate fi înțeleasă sau folosită

¹ André Nollkaemper, *Universality. Piracy — UNCLOS (UN Convention on the Law of the Sea) — Customary international law — Erga omnes obligations — Peremptory norms / ius cogens*, Published under the auspices of the Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law under the direction of Professor Anne Peters (2021–) and Professor Rüdiger Wolfrum (2004–2020), Product: Max Planck Encyclopedias of International Law [MPIL], Module: Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL] 2011, material disponibil prin abonament aici:

<https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1497>, accesat în data de 04.03.2023.

² Vezi pentru detalii Arnulf Becker Lorca, *Universal International Law: Nineteenth-Century Histories of Imposition and Appropriation*, 51 Harv. Int'l L.J. 475, 2010; și Ward, Christopher, *The Universal Language of International Law: History and Prospects*, in Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff. 2020, pp. 6-13, DOI: https://doi.org/10.1163/9789004443297_003.

³ Charney, Jonathan I., *Universal International Law*, in The American Journal of International Law, vol. 87, no. 4, 1993, pp. 529–51. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/2203615>.

⁴ În continuare, în cuprinsul acestui material, atunci când mă refer la transdisciplinaritate voi utiliza prescurtarea „trans” folosită, de altfel, în majoritatea materialelor de referință.

⁵ „Dacă în cazul pluridisciplinarității vorbim de o „corelare” a eforturilor și a potențialităților diferitelor discipline pentru a oferi o perspectivă cât mai completă asupra obiectivului investigat, interdisciplinaritatea presupune o intersectare a diferitelor arii disciplinare. (...) Transdisciplinaritatea reprezintă gradul cel mai elevat de integrare a curriculumului, mergând adesea până la fuziune. Fuziunea este, așadar, faza cea mai complexă și mai radicală a integrării.” Sursa este Cristina Stan, *Interdisciplinaritate, transdisciplinaritate și pluridisciplinaritate în cadrul orelor de literatură*, în Tribuna Învățământului din 05/10/2016, online, disponibil aici: <https://tribunainvatamantului.ro/interdisciplinaritate-transdisciplinaritate-si-pluridisciplinaritate-in-cadrul-orelor-de-literatura/>, accesat la data de 05.03.2023.

⁶ Outi Korhonen, *Within and Beyond Interdisciplinarity in International Law and Human Rights*, European Journal of International Law, Volume 28, Issue 2, May 2017, Pages 625–648, <https://doi.org/10.1093/ejil/chx040>.

pentru radierea anumitor ramuri de drept, ci scopul său este acela de a sublinia de fapt, puterea și valoarea funcției de reglementare a acestora.

În teorie s-a propus ca educația juridică să se concentreze pe interconexiunile dintre dreptul internațional și alte discipline, cum ar fi relațiile internaționale, științe politice, economie, istorie, sociologie și antropologie⁷. În continuare, voi prezenta mai multe paliere ale acestor abordări. Una dintre acestea, ar fi predarea unor noțiuni despre diferitele moduri în care dreptul internațional și aceste alte domenii interacționează și se influențează reciproc, precum și modul în care aceste domenii pot fi utilizate pentru a examina și înțelege dreptul internațional, prin prezentarea și cunoașterea unor noțiuni despre diferitele culturi și tradiții juridice care există în întreaga lume și despre modul în care dreptul internațional interacționează cu aceste tradiții juridice, abordare care demonstrează potențialul de a oferi o mai bună înțelegere a diferitelor moduri în care dreptul internațional este interpretat și aplicat în diferite sisteme juridice. Nu în ultimul rând, este recomandabil să fie luată în calcul analiza diferitelor aspecte teoretice și practice ale dreptului internațional, cum ar fi dreptul internațional al drepturilor omului, dreptul internațional penal și dreptul internațional economic. Acestea ar permite analiza diferitelor *tipuri/subramuri* de drept internațional, precum și a diferitelor moduri în care acestea pot fi utilizate⁸.

2. Direcțiile actuale de evoluție – oratoriu pentru transdisciplinaritate în dreptul internațional

Transdisciplinaritatea este motorul dinamicii actuale a dreptului internațional, acesta fiind un domeniu care a îmbrățișat din ce în ce mai mult metoda *trans*, bazându-se pe legătura cu o varietate de discipline. Acest lucru a fost evident în special în dezvoltarea dreptului internațional al drepturilor omului, a dreptului internațional al mediului, a dreptului internațional umanitar și, nu în ultimul rând și nelimitativ, în dezvoltarea dreptului comunicațiilor și al noilor tehnologii. Basarab Nicolescu a ajuns la aplicarea următoarelor trei axiome ale metodologiei transdisciplinarității, care, dacă ar fi aplicate cercetării dreptului internațional, ar conduce spre rezultate mai concrete: 1) axioma ontologică: există, în Natură și în cunoștințele noastre despre Natură, diferite niveluri de Realitate a Obiectului și, în mod corespunzător, diferite nivele de Realitate a Subiectului; 2) axioma logică: trecerea de la un nivel al Realității la altul este asigurată de logica terțului inclus; și 3) axioma epistemologică: structura totalității nivelurilor Realității este o structură complexă: fiecare nivel este ceea ce este deoarece toate nivelurile există în același timp⁹. Fără a intra în discursul filosofic, vom trece la prezentarea conexiunilor ce urmează.

⁷ Basarab Nicolescu, *Methodology of Transdisciplinarity*, World Futures, 70:3-4, 2014, pp. 186-199, DOI: 10.1080/02604027.2014.934631. În acest articol, profesorul Nicolescu constată că: „Există o discontinuitate reală între granițele disciplinare: nu există nimic, strict nimic, între două granițe disciplinare, dacă insistăm să explorăm acest spațiu dintre discipline prin legi, norme, reguli și practici vechi. Sunt necesare legi, norme, reguli și practici radical noi dacă dorim să explorăm acest spațiu”; și: „We define disciplinary boundary as the totality of the results – past, present, and future – obtained by the laws, norms, rules, and practices of a given discipline.”

⁸ Christopher C. Joyner, *International Law in the 21st Century: Rules for Global Governance*, Ed. Rowman & Littlefield Publishers, 4 feb. 2005, pp. 311-335. Vezi, de asemenea, Nicolescu, B., Transdisciplinaritate – Past, present and future. In Moving world-views – Reshaping sciences, policies and practices for endogenous sustainable development, eds. B. Haverkort and C. Reijntjes, Ed. Amsterdam, Holland: COMPAS Editions, 2006, pp. 142–166.

⁹ Nicolescu, B., *La transdisciplinarité manifeste*, Monaco: Rocher, 1996 (English translation: 2002, Manifesto of transdisciplinarity, New York: SUNY Press, translation from the French by K.-C. Voss). Vezi și Piaget, J., *L'épistémologie des relations interdisciplinaires*. In *L'interdisciplinarité – Problèmes d'enseignement et de recherche*, eds. G. Berger, A. Briggs, and G. Michaud, Paris: Organisation for Economic Cooperation and Development, 1972, pp. 127-139.

2.1 *Dinamica transdisciplinară a drepturilor omului*

În ceea ce privește dreptul internațional al drepturilor omului, de exemplu, conceptul de transdisciplinaritate a fost acceptat și aplicat pentru a înțelege complexitățile sistemului internațional și modalitățile în care pot fi gestionate diferitele forme de discriminare. Au fost folosite conceptele de intersecționalitate¹⁰, teoria rasei critice și teoria postcolonială pentru a înțelege mai bine modurile în care diferitele forme de discriminare se intersectează și pot fi abordate prin dreptul internațional. Drepturile omului sunt din ce în ce mai transdisciplinare, cu oameni de știință dintr-o varietate de discipline precum științe politice, drept, sociologie, filozofie, istorie, antropologie și psihologie angajându-se în studiul și promovarea drepturilor omului. Această viziune care a început la nivel interdisciplinar, a permis cercetătorilor să privească drepturile omului dintr-o varietate de perspective, inclusiv juridic, politic, economic, social și cultural. De exemplu, juriștii s-au concentrat pe dezvoltarea dreptului internațional al drepturilor omului, politologii au examinat rolul statelor în protecția drepturilor omului, iar sociologii au explorat impactul drepturilor omului asupra structurilor sociale¹¹. În același timp, diverse discipline s-au inspirat din ce în ce mai mult din experiențele reciproce pentru a înțelege mai bine complexitatea problemelor legate de drepturile omului¹².

2.2 *Dinamica transdisciplinară în dreptul internațional umanitar*

În dreptul internațional umanitar, transdisciplinaritatea a fost folosită pentru a înțelege mai bine complexitățile conflictelor armate și modalitățile în care dreptul internațional poate fi folosit pentru a analiza și a atenua suferința cauzată de război. De exemplu, specialiștii s-au bazat pe domeniile psihologiei, sociologiei și antropologiei pentru a înțelege mai bine efectele războiului asupra indivizilor, comunităților și societății în ansamblu. Dreptul umanitar, sau dreptul conflictelor armate, este o ramură de studiu complexă și cu mai multe fațete, pentru care s-a utilizat deseori interdisciplinaritatea. Aceasta a fost denumită de fapt (generic) „transdisciplinaritate”, înțelegându-se prin ea integrarea mai multor discipline pentru a obține cele mai bune rezultate sau soluții privind subiectul studiat.

Atunci când discutăm despre dreptul umanitar, transdisciplinaritatea poate include, dar nu se limitează la, integrarea dreptului internațional, științei militare, relațiilor internaționale, științelor politice, dreptului internațional umanitar și dreptului drepturilor omului. Integrarea acestor diverse discipline este necesară pentru a oferi o viziune aprofundată a aspectelor juridice, politice și sociale

¹⁰ Vezi Crenshaw, Kimberlé, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum. 140, 1989, pp. 139-167. Conform acestuia, „intersecționalitatea este studiul de identități sociale care se suprapun sau se intersectează, și respectiv sistemele lor de opresiune, de dominare sau de discriminare. Teoria sugerează și analizează modul în care diferite categorii biologice, sociale și culturale cum ar fi genul, etnia, rasa, clasa, (diz)abilitatea, orientarea sexuală, religia, casta, vârsta, naționalitatea, și alte axe de identitate interacționează pe multiple și adesea simultane niveluri. Teoria propune că ar trebui să ne gândim la fiecare element sau trăsătură a unei persoane ca indisolubil unite cu toate celelalte elemente pentru înțelegerea pe deplin a propriei identități”.

¹¹ Benjamin Authers, *Human rights, interdisciplinarity and the time of utopia*, în *Australian Journal of Human Rights*, Volume 22, 2016 – Issue 2, pp. 1-15; Floya Anthias, *Thinking Through the Lens of Translocational Positionality: An Intersectionality Frame for Understanding Identity and Belonging*, *Translocations: Migration and Social Change*, 2008.

¹² Patricia Hynes, Michele Lamb, Damien Short & Matthew Waites, *Sociology and human rights: confrontations, evasions and new engagements*, *The International Journal of Human Rights*, 14:6, 2010, pp. 811-832, DOI: 10.1080/13642987.2010.512125. Vezi în general, David P. Forsythe, *Human Rights in International Relations*, Ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2012 și Kretzmer, D., *The Occupation of Justice: The Supreme Court of Israel and the Occupied Territories*. Albany, Ed. NY: SUNY Press, 2012.

ale conflictelor armate¹³. Pentru analiza acestei conexiuni, Institutul pentru Dreptul Internațional al Păcii și Conflictelor Armate (IFHV) de la Universitatea Ruhr-Bochum din Germania este o resursă excelentă pentru cei interesați de transdisciplinaritatea în dreptul umanitar, deoarece oferă o gamă largă de publicații pe această temă. Aceste publicații acoperă subiecte precum rolul eticii în dreptul internațional umanitar, aspectele juridice și practice ale transdisciplinarității și aplicarea acesteia în cazuri specifice¹⁴.

2.3 *Dinamica transdisciplinară în lawfare*

Lawfare este un concept nou care a apărut în ultimii ani ca un instrument în anumite raporturi societale deseori complexe, fiind în realitate, o creație pur transdisciplinară, manifestându-se prin utilizarea cadrelor legale, proceselor și instituțiilor pentru a obține rezultatul dorit, utilizare care are loc de cele mai multe ori în baza sintagmei: „folosirea legii pentru fărădelege”. Transdisciplinaritatea a fost propusă recent ca un răspuns la multe dintre cazurile pe care le (re)prezintă legea, prin natura multifacetă, interconectată și interdependentă a legislației¹⁵. Transdisciplinaritatea în *lawfare* se regăsește în utilizarea strategiilor de cercetare, analiză și rezolvare a problemelor din diferite discipline pentru a crea soluții inovatoare dar și eficiente. Acesta încorporează perspective multiple, inclusiv cele ale cercetătorilor din domeniul juridic, factorilor de decizie politică, jurnaliștilor, oamenilor de științe sociale și ale altor părți interesate¹⁶.

2.4 *Dinamica transdisciplinară în dreptul internațional al naturii*

Transdisciplinaritatea în dreptul internațional al naturii este o metodă emergentă de cercetare care urmărește să lege diferitele discipline ale dreptului mediului, relațiilor internaționale, dreptului internațional și alte discipline relevante pentru a crea o conexiune mai durabilă și holistică a reglementării legale asupra resurselor naturale și a ecosistemelor. Conceptul de transdisciplinaritate este contrastant față de tradiționalitatea dreptului internațional, care tinde să se bazeze pe un model de guvernare juridică unic, de sus în jos¹⁷. Transdisciplinaritatea urmărește în acest cadru, să favorizeze o mai mare înțelegere și colaborare între diferite discipline, astfel

¹³ În ceea ce privește referințele, lucrarea fundamentală a lui Jean Pictet, *The Fundamental Principles of the Red Cross*, în *International Review of the Red Cross* (1961-1997), 19(210), pp. 130-149, doi:10.1017/S0020860400019872, este o lectură obligatorie pentru cei interesați de transdisciplinaritatea în dreptul umanitar. Alături de aceasta, lucrarea în patru volume a lui Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Ed. Leiden, The Netherlands: Brill | Nijhoff, 1985, reflectă și aceasta o privire de ansamblu cuprinzătoare a subiectului, prin prezentarea istoriei, surselor și aplicării dreptului umanitar.

Alte lucrări care pot fi de interes includ studii ale Comitetului Internațional al Crucii Roșii precum și publicația *Revista Internațională a Crucii Roșii* care oferă o abordare mai teoretică a subiectului.

¹⁴ The Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (IFHV) are pagina web: <https://www.ifhv.de/>, accesată în data de 04.02.2023.

¹⁵ Cristina Elena Popa Tache, *Analiză privind lawfare în dreptul internațional din perspectivă transdisciplinară*, în *Pandectele Române* nr. 5/2022, Wolters Kluwer, pp. 14-28. Unele aspecte sunt prezentate sub aspect *trans* în *Handbook of Transdisciplinary Research*, Gertrude Hirsch Hadorn, Holger Hoffmann-Riem, Susette Biber-Klemm, Walter Grossenbacher-Mansuy, Dominique Joye, Christian Pohl, Urs Wiesmann, Elisabeth Zemp Editors, Ed. Springer, 2008.

¹⁶ Tanja Aalberts, Nikolas M. Rajkovic, Thomas Gammeltoft-Hansen, *Introduction: Legality, Interdisciplinarity and the Study of Practices*, în *Power of Legality*, Cambridge University Press, 2016, pp. 11-19.

¹⁷ Cristina Elena Popa Tache, *Vers un droit de l'âme et des bioénergies du vivant*, Ed. L Harmattan, Collection: Logiques Juridiques, 2022, prefață de Jean-Luc Martin-Lagardette. Această monografie oferă o privire cuprinzătoare asupra corelației *trans* specifice dreptului naturii, în viziunea integrată a dreptului internațional public.

încât reglementarea legală a resurselor naturale și a ecosistemelor să reflecte mai bine complexitatea mediului și interesele tuturor părților interesate¹⁸.

2.5 Dinamica transdisciplinară a dreptului animalelor

Metoda trans a fost din ce în ce mai utilizată în ceea ce privește dreptului animalelor în ultimii ani. Se bazează pe ideea că soluțiile juridice ar trebui dezvoltate printr-o manieră în care o varietate de discipline, inclusiv drept, știință, economie și etică, se reunesc pentru a da curs problemelor privind bunăstarea animalelor. Acest concept a fost folosit pentru a dezvolta o varietate de inițiative internaționale de drept animal/wild law, cum ar fi Convenția europeană pentru protecția animalelor de fermă (Consiliul Europei, 1987) și Convenția pentru protecția animalelor utilizate în scopuri științifice (Consiliul Europei, 1987). Prin crearea unor căi multidisciplinare a fost posibil să se dezvolte soluții mai cuprinzătoare și mai eficiente pentru o varietate de probleme de bunăstare a animalelor¹⁹.

2.6 Dinamica transdisciplinară a dreptului internațional al sănătății

Dreptul internațional al sănătății este o ramură emergentă și practică de studiu care reglementează aspecte legate de sănătate printr-o viziune transdisciplinară, utilizând un mod de lucru care cuprinde mai multe discipline, perspective și sisteme de cunoștințe. Studiul actual al acestui drept se bazează pe premisa că nicio disciplină nu este adecvată pentru a trata provocările globale de sănătate și că această colaborare între discipline este necesară pentru a genera soluții eficiente. De altfel, Organizația Mondială a Sănătății (OMS) a identificat transdisciplinaritatea drept soluție importantă pentru cercetarea și reglementarea problemelor globale de sănătate. În strategiile globale și în planurile de acțiune ale OMS privind sănătatea publică, inovația și proprietatea intelectuală, transdisciplinaritatea este evidențiată ca o abordare cheie pentru transpunerea cercetării în domeniul sănătății în politici și practici eficiente. Strategia subliniază necesitatea colaborării între diferite părți interesate, cum ar fi oamenii de știință, factorii de decizie politică și societatea civilă, pentru a identifica, înțelege toate aspectele ce necesită codificare în sănătate la nivel mondial. Prin urmare, potențialul multivocal al globalizării, de exemplu, tratează dintr-o perspectivă transdisciplinară multireferențială, inter-relațiile din domeniul sănătății²⁰.

Proiectarea de soluții eficiente presupune că dreptul internațional al sănătății trebuie să ia în considerare factorii juridici, politici, economici, sociali și culturali la nivel global pentru a ajunge

¹⁸ Brown, V.A., Deane, P.M., Harris, J.A. and Russell, J.Y. 2010, *Towards a just and sustainable future*, în *Tackling wicked problems through the transdisciplinary imagination*, Edited by: Brown, V.A. 1–15. London: Earthscan, pp. 16-31; și Louie Rivers III & Carole Gibbs, *Applying a conservation-criminology framework to common-pool natural-resource issues*, în *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, 35:4, 2011, pp. 327-346, DOI: 10.1080/01924036.2011.625236.

¹⁹ European Convention for the Protection of Vertebrate Animals used for Experimental and other Scientific Purposes (ETS No. 123), Strasbourg 18/03/1986 sau European Convention for the Protection of Animals kept for Farming Purposes, 1987. Pentru o logică modernă asupra problematicei, vezi David Favre, *The Future of Animal Law*, Ed. Edward Elgar, 2021. Conform teoreticienilor, în această carte, Favre își manifestă încă o dată înțelegerea sa cuprinzătoare a dreptului animalelor cu o abordare transdisciplinară care depășește studiile academice, după cum constată Hilâl Nur Şarbak, în *The Future of Animal Law*, *Journal of International Wildlife Law & Policy*, 25:2, 2022, pp. 191-200, DOI: 10.1080/13880292.2022.2103921.

²⁰ Véronique Lapaige, „Globalized public health.” *A transdisciplinary comprehensive framework for analyzing contemporary globalization's influences on the field of public health*, în *Risk Management and Healthcare Policy*, 2:, 2009, pp. 73-89, DOI: 10.2147/RMHP.S6134.

la o reglementare eficientă a problemelor precum accesul la medicamente, drepturile de proprietate intelectuală și comerțul²¹.

2.7 Dinamica transdisciplinară a dreptului internațional public

Dreptul internațional public este, fără îndoială, complex, foarte interdependent și în continuă evoluție. Prin aceste variante ale realității contemporane, vedem cum transdisciplinaritatea a devenit un instrument important pentru cercetarea juridică²².

Acest ansamblu de reguli *trans* este adesea denumit drept „interdisciplinar” și este folosit pentru a obține soluții corespunzătoare²³. Observăm că transdisciplinaritatea în drept a fost utilizată într-o varietate de contexte, de la studiul drepturilor animalelor până la reglementarea serviciilor financiare. De exemplu, în cazurile privind drepturile animalelor sunt luate în considerare implicațiile etice ale dreptului, dar și perspectivele biologilor sau ale activiștilor. Metoda *trans* oferă o bază pentru o înțelegere vastă a problemelor juridice și sugerează că poate fi utilizată pentru a crea soluții mai eficiente și mai juste²⁴.

Ca atare, dreptul internațional public are un potențial sporit de a beneficia de abordări transdisciplinare, care integrează diverse discipline pentru cercetarea multor fenomene complexe. Prin utilizarea metodelor *trans*, dreptul internațional public are șansa de a obține o perspectivă asupra interconexiunii statelor, organizațiilor internaționale și alți actori din arena globală. Transdisciplinaritatea poate ajuta la identificarea temelor comune și a cauzelor care stau la baza conflictelor, sau soluționării acestora, spre exemplu.

În articolul lor „Transdisciplinaritatea în dreptul internațional public”, autorii Perrin, Mykot și Ronen notează că abordările transdisciplinare pot fi benefice pentru dreptul internațional public, deoarece „perturbează granițele disciplinare tradiționale, promovează dialogul și colaborarea între diverși actori și oferă un mijloc de analiză a acestora, precum și soluții la anumite aspecte complexe și contestate”. Ei sugerează că metodele transdisciplinare pot fi folosite pentru a reduce decalajul dintre studiile de drept internațional și aplicarea în lumea reală a dreptului internațional. Aceste metode permit găsirea unor soluții mai bune la încălcările dreptului internațional al drepturilor omului, cum ar fi dreptul la un proces echitabil, dreptul la asistență medicală și dreptul la educație. *Trans* este utilizată pentru a dezvolta strategii juridice mai eficiente și pentru a identifica noi oportunități de cooperare internațională. Atât de sensibil a devenit dreptul internațional public la *trans* și la multidisciplinaritate, încât a apărut ideea stabilirii unei legături între muzică și dreptul internațional, ca o dovadă că pentru acest domeniu au relevanță nu doar problemele așa-numite „grele” (securitatea globală, încălzirea globală, sărăcia, reformele instituțiilor internaționale, arhitectura guvernantei globale etc.), ci și unele analize care pot contribui la soluționarea acestor probleme. Spre exemplu, muzica, în manifestările ei expresive și estetice, ar putea servi ca instrument eficient pentru regândirea procesului pedagogic al dreptului

²¹ Labonte R, Torgerson R., *Interrogating globalization, health and development: Towards a comprehensive framework for research, policy and political action*, în *Critical Public Health*. 2005 Jun 1;15(2), pp. 157-79; și Lapaige Véronique, *La santé publique globalisée*, Ed. Les Presses de l'Université Laval, 2009.

²² A. Orford and F. Hoffmann (eds), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Ed. OUP, 2016, p. 954.

²³ Uneori, abordările de acest gen sunt denumite bi-disciplinare. Vezi Moshe Hirsch, *Invitation to the Sociology of International Law*, Ed. Oxford University Press, 2015, pp. 13, 126 și 185.

²⁴ Webb, Julian, *When 'Law and Sociology' is not Enough: Transdisciplinarity and the Problem of Complexity*, în Michael Freeman (ed.), *Law and Sociology* (Oxford, 2006; online edn, Oxford Academic, 22 Mar. 2012), <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199282548.003.0006>, accesată la data de 04.03.2023.

internațional în Africa, și nu numai (folosită ca un mecanism pentru comunicare și pentru interpretarea problemelor existențiale, inclusiv în folclorul românesc sau al altor state)²⁵.

Aceste aspecte demonstrează încă odată, că orice abordare obtuză, rigidă sau lipsită de imaginație a dreptului internațional pune în pericol însăși dezvoltarea sa.

2.8. *Dinamica trans în dreptul internațional „bio”*

Putem observa transdisciplinaritatea în dreptul internațional *bio* în diferitele convenții, reglementări și tratate care au fost stabilite de-a lungul anilor pentru a proteja mediul și drepturile persoanelor. De exemplu, Convenția privind diversitatea biologică (CBD) oferă țărilor un cadru pentru a proteja și gestiona în mod durabil diversitatea biologică a lumii²⁶. Acest tratat cere statelor să ia măsuri pentru a controla utilizarea, dezvoltarea și transferul resurselor genetice și pentru a conserva diversitatea biologică. Convenția-cadru a Națiunilor Unite privind schimbările climatice (UNFCCC) abordează criza climatică globală și solicită națiunilor să ia măsuri pentru a reduce emisiile de gaze cu efect de seră. Acest tratat cere, de asemenea, statelor să ia măsuri pentru a proteja biodiversitatea și pentru a asigura utilizarea durabilă a resurselor legate de biodiversitate²⁷.

Drepturile omului oferă, de asemenea, un izvor pentru protejarea drepturilor indivizilor în fața problemelor de drept biologic. Pactul internațional cu privire la drepturile civile și politice, de exemplu, prevede că fiecare persoană are dreptul la cel mai înalt standard posibil de sănătate fizică și mintală, care include dreptul de a nu fi discriminat și exploatat. Convenția cu privire la drepturile copilului conține, de asemenea, prevederi referitoare la protecția copiilor împotriva exploatării, abuzului și neglijenței, precum și dreptul la sănătate și accesul la educație.

Curtea Penală Internațională are competențe de a judeca persoanele care comit genocid, crime împotriva umanității, crime de război și alte crime grave, sau infracțiuni legate de legislația biologică, precum biopirateria și comerțul ilegal cu specii pe cale de dispariție. La nivel instituțional, Organizația Mondială a Sănătății (OMS) stabilește standarde, oferă îndrumări și promovează cercetarea în probleme de sănătate. În contextul legislației biologice, OMS a publicat o serie de linii directoare, inclusiv coduri internaționale de practică și strategii globale privind conservarea și gestionarea biodiversității. În ansamblu, diferitele instrumente și organizații internaționale menționate mai sus oferă un cadru cuprinzător pentru protejarea mediului și a drepturilor persoanelor în fața problemelor de drept biologic²⁸.

2.9 *Dinamica transdisciplinară în dreptul internațional economic*

În acest cadru, metoda *trans* implică analiza unei probleme din mai multe perspective, luând în considerare diferite discipline și sisteme de cunoștințe. Acest lucru este deosebit de important în sfera internațională, unde diferite țări, culturi și sisteme juridice au propriile lor perspective

²⁵ Babatunde Fagbayibo, *Choral intervention: reimagining international law pedagogy in Africa through music*, The Law Teacher, 2022, DOI: 10.1080/03069400.2022.2094143; Fareda Banda, *African Migration, Human Rights and Literature*, Ed. Hart Publishing 2020; și Gerry Simpson, *The Sentimental Life of International Law*, 3 London Review of International Law 3, 5., 2015.

²⁶ Convenția privind diversitatea biologică din 1993, cu documentele conexe.

²⁷ Acordul de la Paris – Convenția-cadru a Națiunilor Unite asupra schimbărilor climatice. Acordul de la Paris în domeniul schimbărilor climatice este cel dintâi acord global cu forță juridică obligatorie. Acesta a fost semnat la 22 aprilie 2016 și ratificat de Uniunea Europeană la 5 octombrie 2016.

²⁸ Vezi Montserrat Abad Castelos, *Marine Renewable Energies: Opportunities, Law, and Management*, Ocean Development & International Law, 45:2, 2014, pp. 221-237, DOI: 10.1080/00908320.2014.898926; și M. Yokota, A. J. Karis & W. J. Tharion, *Thermal-work strain in law enforcement personnel during chemical, biological, radiological, and nuclear (CBRN) training*, în International Journal of Occupational and Environmental Health, 20:2, 2014, pp. 126-133, DOI: 10.1179/2049396714Y.0000000056.

distincte. Un exemplu de transdisciplinaritate în dreptul economic internațional este conceptul de „investitor responsabil”. Acest concept se bazează pe ideea că investitorii ar trebui să ia în considerare o serie de factori, inclusiv preocupările de mediu, sociale și de guvernare, atunci când iau decizii privind investițiile. Este o abordare transdisciplinară care combină elemente din drept internațional, economie, finanțe și alte discipline pentru a crea un cadru cuprinzător pentru investiția responsabilă²⁹. Pe aceeași linie se situează și conceptul de „dezvoltare durabilă”. Dezvoltarea durabilă este o abordare holistică a creșterii economice care ia în considerare atât preocupările economice, cât și cele de mediu, care combină elemente de drept internațional, economie, știința mediului și alte discipline relevante³⁰.

2.10 Dinamica trans a dreptului internațional al culturii

Dreptul internațional al culturii este o ramură de studiu relativ nouă, care încearcă reglementarea unei varietăți de probleme, inclusiv protecția moștenirii culturale, a patrimoniului, promovarea diversității culturale și reglementarea activităților culturale. Transdisciplinaritatea este un concept util de luat în considerare atunci când examinăm acest domeniu, deoarece implică integrarea diferitelor discipline și perspective pentru a crea o înțelegere mai holistică a problemelor în cauză. De exemplu, în contextul moștenirii culturale, transdisciplinaritatea poate fi folosită pentru a reuni diferite perspective, cum ar fi dreptul, antropologia, istoria, arhitectura și literatura, printre altele³¹. Această metodă poate ajuta la identificarea soluțiilor legale și de politică care protejează cel mai bine moștenirea culturală, ținând cont de contextele sociale, culturale și economice mai largi în care acesta există.

În mod similar, transdisciplinaritatea poate fi utilizată pentru a examina reglementarea activităților culturale, cum ar fi producția și distribuția de bunuri și servicii culturale, precum și impactul tehnologiei asupra producției și consumului de cultură. Privind problema din diferite perspective disciplinare, este posibil să se identifice soluții legale și politice adecvate care țin cont de diferitele interese ale tuturor părților interesate implicate. Nu în ultimul rând, trans poate fi folosită pentru a explora promovarea diversității culturale, în special în ceea ce privește protecția culturilor minoritare și recunoașterea drepturilor culturale. Metoda poate ajuta la identificarea soluțiilor legale și politice care sunt atât practice, cât și condescendente cu identitățile culturale și aspirațiile grupurilor minoritare³².

²⁹ Jahn, Thomas, Matthias Bergmann, and Florian Keil, *Transdisciplinarity: Between mainstreaming and marginalization*, în *Ecological economics* 79 (2012): 1-10; și Breuste, Jürgen, Hildegard Feldmann, and Ogarit Uhlmann, eds., *Urban ecology*, Ed. Springer Science & Business Media, 2013.

³⁰ Vezi Birgit Blättel-Mink & Hans Kastenholz, *Transdisciplinarity in sustainability research: Diffusion conditions of an institutional innovation*, în *International Journal of Sustainable Development & World Ecology*, 12:1, 2005, pp. 1-12, DOI: 10.1080/13504500509469613. Acest studio subliniază rolul important al cercetării în afara cadrului universităților, pentru un grad mai sporit de deschidere și de independență.

³¹ Baron, Jane B., *Law, Literature, and the Problems of Interdisciplinarity*, în *The Yale Law Journal* 108 (1999) 5, pp. 1059–1085. doi: 10.2307/797370; și Hu Lung-Lung 胡龍隆, *Guoxue and Transdiscipline as Illustrated by Law and Literature*, *Monumenta Serica*, 68:2, 2020, 473-493, DOI: 10.1080/02549948.2020.1831255. Guoxue este o cercetare de modă veche despre China și lucrurile chinezești, ce demonstrează faptul că ideea de discipline a existat din timpuri străvechi în mediul academic tradițional chinez, și că posedă o natură transdisciplinară. Guoxue este transdisciplinar deoarece folosește legea și literatura, de exemplu, pentru a arăta cum disciplinele pot lucra împreună și pot fi transcede.

³² Pentru mai multe studii în acest sens, vezi *Culture and International Law Proceedings of the International Conference of the Centre for International Law Studies* (CILS 2018), October 2-3, 2018, Malang, Indonesia

Edited By Hikmahanto Juwana, Jeffrey Thomas, Mohd Hazmi Mohd Rusli, Dhiana Puspitawati, Ed. Routledge, 2019. Volumul conține articole despre cultură și conflictul armat: distrugerea patrimoniului cultural ca metodă de curățare etnică; sărbătorirea culturii tradiționale prin tehnologia informației și științe; abordarea culturală față de

2.11 *Dinamica trans în dreptul internațional al mediului*

Conceptul de transdisciplinaritate a devenit din ce în ce mai important pentru dreptul internațional al mediului, prin integrarea mai multor discipline, cum ar fi știința, economia și politica, pentru a studia și a trata problemele complexe de mediu. Metoda poate fi utilizată pentru a dezvolta o înțelegere integrată a diferiților factori care influențează degradarea mediului și pentru a oferi o viziune cuprinzătoare asupra problemelor actuale de mediu. Până în prezent, transdisciplinaritatea a fost aplicată în domenii precum schimbările climatice, conservarea biodiversității și dezvoltarea durabilă. În acest domeniu regăsim mai multe instrumente internaționale care recunosc necesitatea unei game de discipline și perspective pentru a aborda problema schimbărilor climatice și pentru a dezvolta soluții eficiente. Metoda *trans* a fost aplicată și în dezvoltarea dreptului internațional al mediului. Programul Națiunilor Unite pentru Mediu (UNEP) a dezvoltat seria Global Environmental Outlook (GEO), care este o serie de rapoarte care oferă o analiză transdisciplinară pentru înțelegerea și reglementarea problemelor globale de mediu. Seria GEO permite integrarea unei varietăți de discipline, cum ar fi știința, economia și politica, pentru a dezvolta o viziune integrată a problemelor de mediu globale și pentru a identifica soluții eficiente³³.

2.12 *Dinamica trans în teoria juridică internațională*

Teoria juridică internațională examinează implicațiile juridice ale interacțiunilor globale, ale activităților transnaționale, inclusiv implicațiile pentru dreptul internațional, drepturile omului, relațiile internaționale și comerțul internațional. Transdisciplinaritatea este o dezvoltare recentă a teoriei juridice care încearcă să reducă decalajul dintre discipline, cum ar fi dreptul, economia, istoria, sociologia și antropologia, în beneficiul științei. Este o metodă care a fost aplicată studiului teoriei juridice internaționale pentru a examina aspectele și fenomenele juridice ale interacțiunilor globale dintr-o varietate de perspective. Conceptul de transdisciplinaritate în teoria juridică internațională a fost explorat de oameni de știință precum Eric A. Posner, care a susținut că abordarea tradițională a teoriei juridice internaționale este inadecvată și că analizele transdisciplinare, care se bazează pe mai multe discipline, oferă un mod mai bun de a analiza raporturile juridice internaționale³⁴. În mod similar, savanți precum Jutta Brunnée și Stephen Toope au susținut că „este nevoie de o abordare transdisciplinară a teoriei juridice internaționale care să se bazeze pe diferite discipline pentru a înțelege mai bine complexitatea relațiilor internaționale contemporane”³⁵. Pe lângă Posner, Brunnée și Toope, alți cercetători au explorat conceptul de transdisciplinaritate în teoria juridică internațională, susținând că o metodă nouă de

regimul global; abordarea relativismului cultural a libertății de religie; protecția patrimoniului cultural subacvatic în dreptul indonezian; protecția templului Preah Vihear în situația conflictelor armate dintre Cambodgia și Thailanda, în baza dreptului internațional; și interpretarea și conflictul în conservarea patrimoniului cultural al proprietății private din Indonezia.

³³ Vezi The Seventh Global Environment Outlook (GEO-7), disponibil aici: <https://www.unep.org/global-environment-outlook>, accesat în data de 04.03.2023. Directorul executiv al UNEP, doamna Inger Andersen, a numit un grup de 30 de experți multidisciplinari de talie mondială în Grupul de consiliere științifică de experți multidisciplinari (MESAG). Grupul este echilibrat la nivel de gen și la nivel regional, cu 6 membri din fiecare regiune a ONU, precum și o combinație de expertiză științifică pentru a supraveghea integritatea științifică a întregului proces Global Environment Outlook, așa cum este prezentat în Secțiunea 4.3 din Documentul privind procedurile GEO. Acest grup de experți a stabilit prima lor întâlnire față în față la Bangkok în perioada 14-16 martie 2023.

³⁴ Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Review by: John Armour, *Journal of Law and Society*, Vol. 30, No. 4 (Dec., 2003), pp. 609-614.

³⁵ Philip Liste, Jutta Brunnée, Stephen J. Toope, *Legitimacy and Legality in International Law*, în *European Journal of International Law*, Volume 22, Issue 2, May 2011, pp. 589-593, <https://doi.org/10.1093/ejil/chr032>.

studiu pentru teoria juridică internațională este necesară pentru a trata o gamă largă de probleme asociate cu guvernarea globală³⁶.

2.13 Dinamica trans în dreptul internațional al migrației și al refugiaților

Transdisciplinaritatea în dreptul migrației și al refugiaților este relativ nouă în materia studiului acestui domeniu al dreptului și impune analizarea aspectelor juridice, sociale, politice și economice ale dreptului migrației și al refugiaților din mai multe perspective. Această analiză recunoaște că dreptul migrației și al refugiaților este în mod fundamental cel puțin interdisciplinar, implicând concepte și probleme din mai multe discipline, inclusiv drept internațional, politici publice, sociologie, antropologie, economie și științe politice. Prin urmare, și în acest loc, transdisciplinaritatea urmărește să reducă diviziunea dintre diferitele discipline, permițând dezvoltarea unei viziuni unificate a studiului dreptului migrației și al refugiaților³⁷.

2.14 Dinamica trans în domeniul păcii și securității internaționale

Dezvoltările *trans* sprijină identificarea și studiul provocărilor complexe de pace și securitate și oferă o oportunitate de a înțelege mai bine interacțiunile dintre diferitele elemente ale domeniului și de a dezvolta strategii dar și reglementări mai eficiente pentru promovarea păcii și securității³⁸. Organizația Națiunilor Unite a fost un susținător major al transdisciplinarității în domeniul păcii și securității, elaborând rapoarte în acest sens prin care evidențiază în mod constant necesitatea unei mai bune integrări și colaborări între o varietate de părți interesate, inclusiv guverne, societatea civilă, sectorul privat și mediul academic. Diverse instituții academice au explorat, de asemenea, conceptul de transdisciplinaritate în domeniul păcii și securității. De exemplu, Centrul pentru Studii pentru Pace și Securitate de la Universitatea Bradford din Marea Britanie a efectuat cercetări asupra conceptului de transdisciplinaritate, precum și a potențialelor implicații ale acestuia pentru pacea și securitatea internațională.

2.15 Dinamica trans a dreptului Uniunii Europene

Metoda *trans* a fost din ce în ce mai utilizată în Uniunea Europeană (UE) ca actor global, atât în ceea ce privește metodele de cercetare, cât și elaborarea politicilor. Uniunea Europeană a adoptat până în prezent o viziune holistică a procesului de elaborare a politicilor, care a fost denumită „elaborare integrată a politicilor”. Aceasta se bazează pe recunoașterea faptului că multe dintre provocările cu care se confruntă UE depășesc sfera elaborării politicilor tradiționale, necesitând o înțelegere a interacțiunii dintre diferitele categorii de politici. Transdisciplinaritatea a devenit centrală pentru această abordare, cu integrarea perspectivelor științifice, economice, politice, juridice și sociale, precum și perspective din societatea civilă, sectorul de afaceri și alte părți interesate. Acest lucru a fost reflectat în documentele UE de stabilire a agendei, cum ar fi „O strategie Europa 2020 pentru o creștere inteligentă, durabilă și favorabilă incluziunii” a Comisiei Europene. UE a adoptat, de asemenea, o viziune trans a cercetării, „Programele-cadru pentru

³⁶ Martti Koskeniemi, *International law and hegemony: a reconfiguration*, Cambridge Review of International Affairs, 17:2, 2004, pp. 197-218, DOI: 10.1080/0955757042000245852; sau, pentru o analiză cuprinzătoare, vezi Martti Koskeniemi, *To the uttermost parts of the earth: legal imagination and international power, 1300–1870*, Cambridge University Press, 2021.

³⁷ Andreas Rechkemmer, Ashley O'Connor, Abha Rai, Jessica L. Decker Sparks, Pranietha Mudliar & James M. Shultz, *A complex social-ecological disaster: Environmentally induced forced migration*, în *Disaster Health*, 3:4, 2016, pp. 112-120, DOI: 10.1080/21665044.2016.1263519.

³⁸ Lappin, Richard, *Peacebuilding and the promise of transdisciplinarity*, în *International Journal on World Peace* 26, no. 3, 2009, pp. 69–76. <http://www.jstor.org/stable/20752895>.

cercetare și inovare” ale Comisiei Europene (PC7 și Orizont 2020) promovând integrarea diferitelor discipline științifice, precum și implicarea părților interesate din diferite sectoare. Consiliul European de Cercetare (ERC) încurajează, de asemenea, cercetarea interdisciplinară, cu o serie de granturi special concepute pentru a promova cercetarea de acest tip.

De altfel, statul de drept european și internațional își au rădăcinile în ideea de transdisciplinaritate, esențială pentru a asigura drepturile și libertățile indivizilor, menținerea statului de drept și protecția mediului. Pentru a înțelege conceptul de stat de drept european și internațional, este necesar să se ia în considerare diferitele discipline și ramuri de referință. Acestea includ (nelimitativ) dreptul internațional public, drepturile omului, dreptul constituțional, dreptul penal și dreptul administrativ.

2.16 *Dinamica trans a istoriei juridice internaționale*

Dreptul internațional a fost înțeles în mod tradițional ca un ansamblu de reguli care guvernează comportamentul statelor și al altor actori internaționali în relațiile lor între ei. Abordarea transdisciplinară a istoriei juridice internaționale a fost cel mai puternic asociată cu munca lui Martti Koskenniemi. Acesta a susținut că dreptul internațional ar trebui privit ca un domeniu interdisciplinar care nu este doar un drept, ci și o parte a relațiilor și politicii internaționale, a economiei internaționale, a istoriei și a culturii. El a susținut că viziunea tradițională a dreptului internațional ca sistem „autonom” este inadecvată și că ar trebui înțeleasă în contextul său politic, economic și cultural mai larg. Trebuie luat în considerare contextul istoric, politic, economic și cultural mai larg în care s-a dezvoltat dreptul internațional și evidențiază interconexiunile dintre dreptul internațional și alte discipline. Astfel, obținem o înțelegere mai nuanțată a dezvoltării dreptului internațional și să vedem cum acesta a fost modelat de forțele sociale, politice și economice mai largi ale trecutului³⁹.

2.17. *Dinamica trans a dreptului mării*

Dreptul mării este o ramură a dreptului internațional care este foarte interdisciplinară, chiar multidisciplinară, încorporând elemente ale dreptului maritim, dreptului mediului și relațiilor internaționale. Ca atare, este un domeniu de cercetare care este deosebit de potrivit pentru *ancheta* transdisciplinară. Prin încorporarea perspectivelor transdisciplinare, dreptul mării poate fi mai bine echipat pentru a aborda natura interconectată a problemelor marine, cum ar fi poluarea marină, schimbările climatice și administrarea oceanelor⁴⁰.

2.18. *Dinamica trans a dreptului comunicațiilor și al noilor tehnologii*

Intersecția dreptului comunicațiilor și al noilor tehnologii se bucură de un interes din ce în ce mai mare din partea teoreticienilor și practicienilor. Acest fapt se datorează creșterii rapide a utilizării noilor tehnologii, cum ar fi internetul, telefoanele mobile și rețelele sociale, pentru a facilita comunicarea, precum și apariția unor noi forme de reglementare legală care să guverneze aceste activități într-un mod cât mai complet. Abordarea *trans* urmărește să reducă diviziunea dintre comunicare, tehnologie și drept, examinând contextul mai larg în care acestea interacționează și luând în considerare implicațiile sociale, politice și economice ale interacțiunilor

³⁹ Koskenniemi, M., *International Law as an Interdisciplinary Field*, în *European Journal of International Law*, 12(2), pp. 1-17. Vezi și Chris Thornhill, *Law and Sociology*, Current Legal Issues Volume 8, edited by Michael Freeman, *King's Law Journal*, 17:2, 2006, pp. 377-379, DOI: 10.1080/09615768.2006.11427660.

⁴⁰ Manoj Gupta, *Integrated Management of Maritime Affairs*, în *Maritime Studies*, 2005:142, pp. 1-13, DOI: 10.1080/07266472.2005.10878778.

lor. Procedând astfel, oferă o înțelegere cuprinzătoare a implicațiilor legale ale noilor tehnologii și potențialul lor de a remodela modul în care este reglementată comunicarea⁴¹.

3. Este transdisciplinaritatea un instrument eficient pentru practica de drept internațional?

În general, transdisciplinaritatea în drept are potențialul de a îmbunătăți practica și poate fi (și este) utilizată cu succes pentru a obține o înțelegere mai bogată a problemelor juridice și pentru a crea soluții mai eficiente și mai juste⁴². Nevoia de transdisciplinaritate în acest context este determinată de complexitatea litigiilor și de multiplicitatea intereselor și perspectivelor de care trebuie să se țină seama la judecarea unor astfel de cazuri. Tribunalele internaționale utilizează mai multe teorii și perspective juridice: luarea în considerare a aspectelor care nu sunt din domeniul dreptului, cum ar fi normele culturale și sociale, și utilizarea unei varietăți de metode, inclusiv utilizarea tehnicilor alternative de soluționare a litigiilor. În Curtea Internațională de Justiție (CIJ), judecătorii se bazează pe mai multe surse de drept, inclusiv dreptul internațional cutumiar, dreptul tratatelor, principiile generale de drept și deciziile judiciare. CIJ ia adesea în considerare contextul istoric al unui diferend, precum și interesele părților implicate. De asemenea, la Curtea Penală Internațională (CPI) judecătorii iau în considerare o serie de factori juridici, etici și politici atunci când iau decizii. Acest fapt presupune examinarea dreptului internațional al drepturilor omului, a dreptului internațional umanitar și a principiilor generale ale dreptului penal, precum și contextul cultural și social al unui caz atunci când îl judecă.

În procedurile de arbitraj, transdisciplinaritatea este de asemenea importantă. În astfel de cazuri, părțile se bazează adesea pe considerente nespecifice domeniului de drept atunci când negociază o înțelegere sau când încearcă soluționarea unor dispute prin analizarea atât a intereselor economice ale părților, cât și a normelor sociale și culturale din țările lor respective. În cazurile de încălcare a reglementărilor privind brevetele de invenții, o echipă interdisciplinară poate include experți din diverse domenii, cum ar fi tehnologie, drept, economie, management și inginerie, pentru a oferi o perspectivă cuprinzătoare asupra cazului. Un exemplu de utilizare a transdisciplinarității în context juridic este cazul *Microsoft v. Motorola Inc.* Acest caz, care a fost decis de Court of Appeals a SUA în 2014, a implicat o dispută între Microsoft și Motorola cu privire la utilizarea brevetelor esențiale standard în produsele lor respective. Pentru a înțelege complexitatea cazului, Curtea a solicitat contribuții de la numeroși experți din diferite discipline, cum ar fi economia și tehnologia. Utilizarea de către Curte a transdisciplinarității i-a permis să identifice cea mai bună soluție posibilă a litigiului într-o manieră cuprinzătoare⁴³.

Metoda *trans* a fost aplicată și în alte cazuri care aveau ca obiect anumite probleme de dreptul mediului, spre exemplu, în care experți din diferite discipline sunt consultați pentru a explora impacturile asupra mediului ale unui proiect sau politici propuse⁴⁴.

⁴¹ Antonia Rosetto Ajello, *Method of Knowledge and the Challenges of the Planetary Society: Edgar Morin's Pedagogical Proposal*, in *World Futures*, 61:7, 2005, pp. 511-533, DOI: 10.1080/02604020500283126.

⁴² Joanne Evans, Jacqueline Z. Wilson, Sue McKemmish, Antonina Lewis, David McGinniss, Gregory Rolan & Siobhan Altham, *Transformative justice: transdisciplinary collaborations for archival autonomy*, *Archives and Records*, 42:1, 2021, pp. 3-24, DOI: 10.1080/23257962.2020.1865887.

⁴³ Vezi detalii de caz *Microsoft Corp. v. Motorola, Inc.* – 795 F.3d 1024 (9th Cir. 2015), United States Court of Appeals for the Ninth Circuit April 8, 2015, Argued and Submitted, San Francisco, California; July 30, 2015, Filed No. 14-35393.

⁴⁴ Singh, V., *Chapter 9 Toward a Transdisciplinary, Justice-Centered Pedagogy of Climate Change*, in *Curriculum and Learning for Climate Action*. Leiden, The Netherlands: Brill, 2021, pp. 169-187 doi: https://doi.org/10.1163/9789004471818_010.

Nu în ultimul rând subliniem rolul important al transdisciplinarității în soluționarea disputelor din dreptul internațional al investițiilor, domeniu în care există o mare varietate de aspecte economice, tehnologice, politice și sociale de exemplu.

4. Concluzii

Conceptul de transdisciplinaritate construit pe noțiunea că cunoaștere se aplică prin dialog și colaborare între diferite domenii de expertiză. Prin analiza unor perspective și abordări diferite aplicate la aceeași problemă, transdisciplinaritatea poate ajuta la descoperirea unor soluții care nu ar fi găsite printr-o singură disciplină. Dialogul transdisciplinar este important deoarece știința juridică este în esență o știință umanistă care cunoaște conexiuni puternice cu psihologia, sociologia, filosofia, istoria, morala și chiar cu religia, aspecte ce reies din însăși formele pe care civilizația le-a îmbrăcat în dezvoltarea sa istorică: familia, proprietatea, statul și religia⁴⁵.

Aspectul pozitiv ce se desprinde de aici constă în efortul specialiștilor de a analiza și de a restabili limitele prin reglementari corespunzătoare. Rolul transdisciplinarității este identic cu cel al unei temelii, deoarece, așa cum prevede Carta Transdisciplinarității, transdisciplinaritatea este complementară demersului disciplinar; din confruntarea dintre discipline, ea face să apară noi rezultate și noi punți între ele; ea ne oferă o nouă viziune asupra Naturii și a Realității. Transdisciplinaritatea nu caută să elaboreze o superdisciplină înglobând toate disciplinele, ci să deschidă toate disciplinele la ceea ce au în comun și la ceea ce se află dincolo de granițele lor (art. 3)⁴⁶. Carta a fost adoptată în considerarea următoarelor linii directoare: „1) considerând că doar o inteligență capabilă să înțeleagă dimensiunea planetară a conflictelor actuale ar putea face față complexității lumii noastre și pericolului contemporan al autodistrugerii materiale și spirituale a speciei noastre; 2) considerând că viața este serios amenințată de o tehnosciență triumfătoare ce se supune doar înspăimântătoarei logici a eficacității în slujba eficacității; 3) considerând că ruptura contemporană dintre o cunoaștere din ce în ce mai bogată și o ființă interioară din ce în ce mai săracă duce la apariția unui nou obscurantism ale cărui consecințe pe plan individual și social sunt incalculabile; 4) considerând că acumularea cunoștințelor, fără precedent în istorie, accentuează inegalitatea dintre cei ce le posedă și cei care nu le posedă, provocând astfel inegalități în sânul națiunilor și între națiunile de pe planeta noastră; și 5) considerând, totodată, că toate aceste pericole enunțate își au și contraponderea pozitivă, creșterea extraordinară a cunoașterii putând duce în final la o mutație comparabilă cu aceea a transformării primatelor în homo sapiens⁴⁷”.

⁴⁵ M. Nordau, *Minciunile convenționale ale civilizației noastre*, traducere după a 14-a ediție germană de M. Cantianu, Ed. Librăriei Socec & Co București, 1921, p. 45.

⁴⁶ Carta Transdisciplinarității, adoptată la Primul Congres Mondial de Transdisciplinaritate, Convento da Arrábida, Portugalia, în perioada 2-6 noiembrie 1994, a deschis drumul către numeroase studii ce au adus o contribuție uriașă evoluției cercetării științifice din întreaga lume.

⁴⁷ Ibid. A se vedea preambulul Cartei.

Principiul proporționalității în domeniul confidențialității și protecției datelor: Riscurile dezechilibrului raportului public – privat

[The Principle of Proportionality in the Field of Data Protection and Privacy: The Risks of the Public-Private Relationship Imbalance]

Marius-Cătălin MITREA*

Abstract: Different from multiple points of view, but especially from a teleological perspective, both the public and private sectors are obliged to respect the principle of proportionality in the field of data protection and confidentiality. A principle of the European Union which essentially stipulates that the means used do not exceed the limit set by the minimum impairment of the rights and freedoms of the data subjects necessary to fulfill the purpose of the processing, the principle of proportionality has a different applicability, depending on the specific instruments for each sector. In the area of privacy and personal data protection, the relationship between the public sector (whose primary objective should be the public service) and the private sector (whose mainly objectives are profit making and economic development) cannot be addressed without a third element, namely the data subjects (natural persons, individuals). Influenced by the type of political regime (pluralist, totalitarian or mixed), the reporting of the two sectors to the data subjects is carried out by virtue of their qualities as citizens, respectively clients, with the related rights and obligations. Therefore, by violating the proportionality of the processing of data subjects, one sector would become more powerful than the other, a fact that would lead to functional imbalance. This research aims to identify the situations in which either the public or private sector abandons its specific purpose of a democratic state of law, violates the principle of proportionality and processes personal data contrary to the principles of Regulation (EU) 679/2016. One conclusion is certain: the possible desire to maximize authority and control at any cost, respectively profit, by violating the principle of proportionality, represents a serious slippage that strongly affects the whole society.

Keywords: GDPR; Proportionality; Public; Private; Imbalance

I. Introducere

După cum se precizează în preambulul *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* (în continuare, *GDPR*), soluțiile tehnologice rapide și globalizarea au generat noi provocări pentru protecția datelor cu caracter personal¹. Amploarea colectării și a schimbului de date cu caracter personal a crescut în mod semnificativ. Tehnologia a permis atât sectorului public, cât și sectorului privat să utilizeze date cu caracter personal la un nivel fără precedent în cadrul activităților lor. Aceste evoluții au impus un cadru solid și mai coerent în materie de protecție a datelor, însoțit de o aplicare riguroasă a normelor, luând în considerare importanța creării unui climat de încredere care să permită economiei digitale să se

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); marius@mitrea.org.ro.

¹ Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Andrei Mariș, „Viziune Regulamentului General privind protecția datelor personale 679/2016 (RGDP) într-o societate digitală” în *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*, coord. Irina Alexe, Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Daniel-Mihail Șandru, Ed. Universitară, București, 2017, pp. 77.

dezvolte pe piața internă a Uniunii Europene². Pe de altă parte, în contextul apetitului celor două sectoare de a-și îndeplini simplificat obiectivele, aplicarea principiului proporționalității este esențială în vederea asigurării unui climat sănătos între sectorul public, sectorul privat și persoanele vizate.

Pe de altă parte, pe plan mondial, am putut identifica *mai multe tipologii de abordare în ceea ce privește confidențialitatea și protecția datelor*. Aceste *tipologii, impuse* (din exterior) *sau organice* (din cultura proprie populațiilor statelor), *sunt fundamentate pe valori / principii, transpuse ulterior, prin suveranitate, în puterile legislativă, executivă și judecătorească*. Prin urmare, în urma analizei constatăm că *diferența este realizată de valorile și principiile folosite în procesul de legiferare, precum și în acțiunile de aplicare și constrângere, în pofida existenței reglementărilor. Principiile și valorile sunt esențiale în direcția în care o societate se îndreaptă, iar acestea sunt materializate, în general, în forma de guvernământ, prin guvernanta*.

II. Starea sănătății confidențialității și protecției datelor

În abordarea confidențialității și protecției datelor, statele au abordări diferite, atât în relația cu sectorul privat, cât și în relația directă sau indirectă (prin sectorul privat) cu persoanele vizate. În urma cercetărilor, am identificat două mari perspective de abordare:

1. În funcție de *tipul de guvernanta (fondul)*;
2. În funcție de *nivelul reglementării și aplicării (forma)*.

1. Guvernanta

Guvernanta reprezintă fondul în care Statul abordează problematica confidențialității și protecției datelor. Chiar dacă unii autori afirmă că *guvernanta presupune existența unei distribuții neuniforme a puterii* între nivelurile administrative și între diferite tipuri de actori (publici și privați), precum și existența unui proces constant de negociere între toate aceste elemente³, considerăm că *sectorul privat se manifestă în măsura în care Statul (sectorul public), prin puterile sale (legislativ, executiv, judecătorec), îi permite (socialism versus liberalism). Nu se poate vorbi despre o negociere nealterată între sectorul public și sectorul privat în societățile totalitare, de exemplu*.

Simplificat, elementele esențiale ale tipurilor de guvernanta ar putea fi:

	Statism	Pluralism	Corporatism	Rețea
Rolul Statului	Autoritar	Arbitru	Mediator	Catalizator
Orientarea dominantă	Urmărirea intereselor naționale comune	Urmărirea intereselor individuale	Integrarea intereselor conflictuale ale grupului	Coordonarea intereselor apropiate
Modelele de interacțiune	Comandă și control bazate pe regula majoritară	Competiție și negociere pentru a construi câștigul minim	Negocieri concertate pentru a ajunge la un consens	Negocieri multilaterale pentru a aproxima poziții

² A se vedea *Legislația privind protecția datelor în România*, ed. îngrijită de Irina Alexe și Daniel-Mihail Șandru, Ed. Rosetti International, București, 2018. A se vedea și *Legislația Uniunii Europene privind protecția datelor personale*, ed. Daniel-Mihail Șandru, Irina Alexe, Ed. Universitară, București, 2018.

³ Oana-Andreea Ion, *Guvernanta Uniunii Europene: abordări actuale*, Ed. Polirom, Iași, 2013, p. 91-92.

Actorii dominanți	Actorii statali	Actorii statali și o multitudine de grupuri de interese și partide	Actori statali și asociații funcționale de vârf	Actori statali și o multitudine de părți interesate

Stând sub semnul imprevizibilului, **guvernanța apare într-o societate fragmentată** (diferențierea funcțională a societății în subsisteme relativ autonome și proliferarea organizațiilor publice și private relativ independente), **complexă** („creșterea și interconectarea problemelor politicilor definite neclar”; „creșterea cerinței de decizii bazate pe cunoaștere” într-un context provocator), **și dinamică** („multiplicarea și interconectarea spațială și temporală a ariilor de acțiune, estomparea și contestarea granițelor între instituții, sectoare, niveluri”)⁴.

Referitor la guvernanță, în statele dezvoltate (în general cele occidentale), este abordată problematica realocării autorității formale în raport cu actorul statal – fiind introduse niveluri decizionale precum cel individual, subnațional, internațional și transnațional – precum și „multiplicarea rețelelor la toate nivelurile, deci a numărului de actori, într-un context decizional din ce în ce mai descentralizat⁵. Prin urmare, guvernanța s-ar referi la regulile de decizie colectivă în condițiile în care există o pluralitate de actori sau organizații și n care nici un sistem formal de control nu poate să dicteze termenii relațiilor dintre acești actori și organizații⁶.

Guvernanța ar trebui să implice:

- **caracterul atât formal, cât și informal al regulilor** (cu un grad variat de stabilitate avute în vedere;
- **nuanțele conceptului de colectiv** care „implică în general drepturi pentru unii de a avea ceva de spus și responsabilități pentru toți să accepte deciziile colective”;
- **diferitele tipuri de decizie**, care pot fi atât strategice, cât și cotidiene;
- **existența unui grad de autoritate și coerciție**, fără a fi concentrate într-un singur loc și fără a avea un nivel care să permită un control clasic al procesului de guvernanță⁷.

2. Particularitățile sectorului public și sectorului privat

În ceea ce privește particularitățile celor două mari sectoare – aspecte definitorii pentru modul de operare – reținem următoarele:

Baza de comparație	Sectorul public	Sectorul privat
Obiectiv principal	Serviciul public, exercitarea suveranității de stat și apărarea stării de drept	Obținerea de profit și dezvoltarea economică
Atuuri principale	Exercitarea autorității de stat, prin puterile legislativă, executivă și judecătorească; finanțarea din bugetul de stat	Flexibilitate organizațională, valorificarea mai eficientă a resurselor

⁴ Jacob Torfig, *Governance Network Theory: Towards a Second Generation*, European Political Science, 2005, 4, p. 306.

⁵ Liesbet Hooghe, Gary Marks, *Types of Multi-Level Governance*, European Integration online Papers (EIoP), Vol. 5, No. 11, October 12, 2001, p. 2, vezi și Michael Gallagher, Michael Laver, Peter Mair, *Representative Government in Modern Europe*, ed. IV, McGraw-Hill Humanities, 2005, p. 154.

⁶ Vasudha Chhotray, Gerry Stoker, *Governance Theory and Practice: A Cross-Disciplinary Approach*, Palgrave Macmillan, 2009, p. 3.

⁷ Oana-Andreea Ion, *Guvernanța Uniunii Europene: abordări actuale*, Ed. Polirom, Iași, 2013, p. 91-92.

Dezavantaje principale	Restricțiile organizaționale	Dependența de veniturile realizate
Calitatea persoanei vizate (principala raportare)	Cetățean	Client
Datoriile persoanei vizate față de sector	- <i>Respectarea ordinii constituționale și a stării de drept, inclusiv a cadrului normativ;</i> - <i>Fidelitatea față de țară;</i> - <i>Apărarea țării;</i> - <i>Contribuții financiare;</i> - <i>Exercitarea drepturilor și a libertăților.</i>	- <i>Respectarea prevederilor contractuale;</i> - <i>Plata contravalorii bunurilor/serviciilor.</i>

3. Nivelul de reglementare și aplicare

Nivelul de reglementare (legislativă) și aplicare (executivă și judecătorească) variază în funcție de maturitatea Statului / subiectului de drept internațional, precum și de atenția acordată domeniului confidențialității și protecției datelor. În cele ce urmează, vom grupa o serie de state, în funcție de cea de-a doua perspectivă de abordare:

a) Reglementare și aplicare limitată (nivel scăzut)

Guatemala, Honduras, Nicaragua, Cuba, Haiti, Insulele Virgine Britanice, Venezuela, Trinidad-Tobago, Panama, Bolivia, Paraguay, Liberia, Algeria, guineea Ecuatorială, Libia, Namibia, Botswana, Lesotho, Burundi, Tanzania, Kenia, Etiopia, Madagascar, Seychelles, Iordania, Iran, Azerbaidjan, Armenia, Turkmenistan, Kazahstan, Kârgâzstan, Pakistan, India, Nepal, Bangladesh, Myanmar, Laos, Cambodgia, Micronezia, Fiji, Tonga.

b) Reglementare și aplicare moderată (nivel mediu)

Costa Rica, Insulele Cayman, Bahamas, Ecuador, Columbia, Peru, Brazilia, Barbados, Chile, Guineea, Ghana, Burkina Faso, Niger, Nigeria, Ciad, Gabon, Republica Congo, Republica Democratică Congo, Angola, Zambia, Zimbabwe, Africa de Sud, Mozambic, Capul Verde, Uganda, Mauritius, Arabia Saudită, Turcia, Bosnia și Herțegovina, Macedonia de Nord, Albania, Qatar (centrul financiar), Emiratele Arabe Unite (Zona liberă de asistență medicală din Dubai), Jersey, Guernsey, Gibraltar, Letonia, Belarus, Ucraina, Rusia, Uzbekistan, Tadjikistan, Mongolia, Vietnam, Filipine, Sri Lanka, Macao.

c) Reglementare și aplicare robustă (nivel ridicat)

Antilele neerlandeze, Saint-Martin, Argentina, Uruguay, Senegal, Maroc, Egipt, Monaco, Republica Cehă, Serbia, Qatar, Dubai (centrul financiar internațional), Abu Dhabi (zona liberă de piață globală), Thailanda, Indonezia, Malaysia, Japonia, Noua Zeelandă⁸.

d) Reglementare și aplicare intensificată (nivel foarte ridicat)

Statele Unite ale Americii, Canada, Mexic, Islanda, Irlanda, Regatul Unit, al Marii Britanii și Irlandei de Nord, Portugalia, Spania, Franța, Germania, Belgia, Țările de Jos, Luxemburg, Danemarca, Norvegia, Suedia, Finlanda, Estonia, Lituania, Polonia, Slovacia, Ungaria, Slovenia, Austria, Ungaria, România, Bulgaria, Grecia, Croația, Italia, Elveția, Malta, Bahrain, Israel, Republica Populară Chineză, Hong Kong, Coreea de Sud.

⁸ Compare data protection laws around the world, <https://www.dlapiperdataprotection.com>, accesat ultima dată pe 13.03.2023, la URL: <https://www.dlapiperdataprotection.com/>.

Din clasificare, putem concluziona următoarele:

- *atât statele occidentale (UE, SUA, Canada), cât și Republica Populară Chineză, au reglementare și aplicare preponderent intensificată (nivel foarte ridicat), diferența fundamentală constând în principiile și valorile implementate în procese;*
- *statele sud-americeane, africane, din Orientul Mijlociu, precum și care au aparținut Uniunii Sovietice au reglementare și aplicare preponderent scăzută sau medie;*
- *statele dezvoltate tehnologic – care utilizează fluxuri mai mari de date – au un grad de reglementare și aplicare mai ridicat;*
- *Comisia Europeană a adoptat decizii de adecvare⁹ pentru state care au un nivel ridicat sau foarte ridicat de reglementare și aplicare, care au implementat aceleași principii și valori precum cele ale Uniunii Europene;*
- *în funcție de tipul de guvernare, precum și de nivelul de reglementare și aplicare, echilibrul între sectorul public și sectorul privat, precum și rapoartele între cele două sectoare și persoanele vizate, pot fi afectate în diferite grade de intensitate și magnitudine, cu efecte pe diferite perioade de timp.*

III. Principiul proporționalității

1. Concept și aplicabilitate

Unul dintre principiile catalizatoare ale stării sănătății confidențialității și protecției datelor este principiul proporționalității, a căreia aplicare este strâns legată de evoluția societății, în ansamblu.

În esență, principiul proporționalității este un principiu fundamental al Uniunii Europene, consacrat inclusiv în *Versiunea consolidată a Tratatului privind Uniunea Europeană* (art. 5, alin. 4). Cu aplicabilități diferite în funcție de materia și domeniile vizate, **principiul proporționalității prevede că mijloacele nu trebuie să depășească strictul necesar îndeplinirii unor scopuri clar stabilite**¹⁰.

În domeniul protecției și confidențialității datelor, principiului proporționalității i s-au dedicat numeroase referințe doctrinare și jurisprudențiale, cu definiții diverse, de la simple la complexe¹¹. Sintetizând, cu adăugarea particularităților domeniului, **principiul proporționalității constă în echilibrul între, pe de-o parte, mijloacele care prevăd minima afectare a intereselor persoanelor vizate de natură să permită asigurarea unei necesități funcționale și, pe de altă parte, scopul prelucrării (alcătuit din necesitățile funcționale vizate), întemeiat pe interesul operatorului de date. Datele cu caracter personal trebuie să fie adecvate, relevante și limitate la ceea ce este necesar în raport cu scopurile pentru care sunt prelucrate.**

⁹ *Adequacy decisions*, <https://commission.europa.eu>, accesat ultima dată pe 12.03.2023, la URL: https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/adequacy-decisions_en.

¹⁰ A se vedea Teodor Papuc, *Principiul proporționalității: Teorie și jurisprudența Curții de la Strasbourg*, Ed. Solomon, București, 2019.

¹¹ Alec Stone Sweet și Jud Mathews, *Proportionality Blancing and Global Constitutionalism*, Forthcoming in 47 *Columbia Journal of Transnational Law* (Fall 2008). Documentul poate fi accesat la adresa URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=fss_papers. A se vedea și Robert Alexy, „Constitutional Rights and Proportionality” în *Journal for constitutional theory and philosophy of law*, nr. 22, 2014, pp. 51-65. Documentul poate fi accesat la URL: <https://journals.openedition.org/revus/2783>.

Aplicabilitatea principiului proporționalității este *dificilă, eterogenă, iar cea mai mare provocare constă în cuantificarea mijloacelor și scopurilor, prin atribuirea unor „greutăți” necesare testului de echilibru în vederea stabilirii proporționalității*. Subiectivitatea contribuie la caracterul eterogen în practică, respectiv crește vulnerabilitățile și riscurile operatorilor de date.

Amenzile administrative pentru prelucrare nelegală cu implicații privind interesul legitim (documentarea acestuia fiind una dintre finalitățile aplicării aparente a principiului proporționalității) reprezintă unele dintre cele mai mari date de autoritățile de supraveghere ale statelor UE (pe data de 20 august 2021, autoritatea de supraveghere irlandeză a amendat WhatsApp cu suma de 225 milioane euro¹²; pe 8 ianuarie 2021, Notebooksbilliger.de a primit amenda de 10.4 milioane euro¹³; pe data de 3 iulie 2020, Wind Tre SpA a fost amendată cu aproximativ 17 milioane euro în contul mai multor abateri privind prelucrarea ilegală, cele mai multe referitoare la marketing¹⁴; pe data de 13 ianuarie 2021, autoritatea de supraveghere spaniolă a amendat CaixaBank cu 6 milioane de euro pentru alegerea temeiului de interes legitim fără o documentație adecvată¹⁵).

2. Instrumente de implementare a principiului proporționalității

În principiu, Statul / sectorul public prelucrează cantități mari de date cu caracter personal, de exemplu, în vederea aplicării legislației privind ocuparea forței de muncă, asistența și protecția socială, asigurări sociale, fiscalitate, precum și în scopuri de securitate, supraveghere și alertă în materie de sănătate, dar și date personale ale salariaților proprii sau chiar ale petenților care adresează diverse cereri către instituțiile publice. Prin urmare, sectorul public trebuie să se asigure că datele cu caracter personal sunt prelucrate într-un mod care asigură securitatea adecvată a datelor cu caracter personal, inclusiv protecția împotriva prelucrării neautorizate sau ilegale și împotriva pierderii, a distrugerii sau a deteriorării accidentale, prin luarea de măsuri tehnice sau organizatorice corespunzătoare.

Pe de altă parte, sectorul privat este partea a economiei care este condusă de persoane fizice și companii pentru profit și nu este controlată de stat. Prin urmare, cuprinde toate întreprinderile cu scop profit care nu sunt deținute sau operate de guvern¹⁶. În ceea ce privește prelucrarea datelor cu caracter personal, în general, sectorul privat are mai multă libertate. Totuși, trebuie să respecte atât întregul cadru normativ privind confidențialitatea și protecția datelor, cât și reglementări specifice, aplicabile în funcție de domeniile economice.

Sintetizând, într-o societate pluralistă, implementarea principiului proporționalității se realizează printr-o serie de instrumente precum cele prezentate în cele ce urmează.

¹² *Decision of the Data Protection Commission made pursuant to Section 111 of the Data Protection Act, 2018 and Articles 60 and 65 of the General Data Protection Regulation*. Documentul poate fi accesat la adresa URL: https://edpb.europa.eu/system/files/2021-09/dpc_final_decision_redacted_for_issue_to_edpb_01-09-21_en.pdf.

¹³ *LfD Niedersachsen verhängt Bußgeld über 10,4 Millionen Euro gegen notebooksbilliger.de*. Documentul poate fi accesat la adresa URL: <https://lfd.niedersachsen.de/startseite/infothek/presseinformationen/lfd-niedersachsen-verhangt-bussgeld-uber-10-4-millionen-euro-gegen-notebooksbilliger-de-196019.html>.

¹⁴ *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Wind Tre S.p.A. – 9 luglio 2020 [9435753]*. Documentul poate fi accesat la adresa URL: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9435753>.

¹⁵ *Resolution de procedimiento sancionador N°: PS/00477/2019*. Documentul poate fi accesat la adresa URL: <https://www.aepd.es/es/documento/ps-00477-2019.pdf>.

¹⁶ *What Is the Private Sector? Definition and Business Examples*, <https://www.investopedia.com/>, accesat ultima dată pe 06.03.2023, la URL: <https://www.investopedia.com/terms/p/private-sector.asp>.

Baza de comparație	Sectorul public	Sectorul privat
Prin acte de reglementare	Reglementare prin legiferare Activitatea de legiferare / reglementare normativă	Reglementări asociative / reguli corporatiste obligatorii / reglementări interne
Prin acte de soluționare a litigiilor	Justiție, prin instanțele judecătorești	Mediere și soluționare a litigiilor, prin curțile de arbitraj
În cadrul evaluărilor impactului activităților de prelucrare (DPIA)	Abordare similară	
În testul de proporționalitate din cadrul documentării interesului legitim (LIA)	Abordare similară* *Interesul legitim poate fi ales ca temei de prelucrare numai în situația în care prelucrarea nu este efectuată în îndeplinirea atribuțiilor	Abordare similară

IV. Dezechilibrul și riscurile sale

1. Segmentele vizate

În funcție de neaplicarea, respectiv de modalitatea de aplicare a principiului proporționalității în cadrul proceselor specifice exercitării puterilor legislative, executive și judecătorească, pot apărea dezechilibre pe următoarele segmente:

- **Relația Stat / Sectorul public – Sectorul privat**, situație în care Statul ar putea supune sau controla (în sensul deținerii de facto sau de jure) sectorul privat: se creează monopolul economic al Statului¹⁷;

- **Relația Stat / Sectorul public – persoanele vizate**, situație în care Statul încalcă drepturile și libertățile fundamentale, ori restrânge drepturile și libertățile relative ale persoanelor vizate;

- **Relația Stat / Sectorul public – persoanele vizate (via Sectorul privat)**, situație în care, prin controlarea sectorului privat, Statul centralizează datele persoanelor vizate prin intermediul entităților comerciale (exemple în acest sens ar putea fi Statele Unite ale Americii, respectiv Republica Populară Chineză);

- **Relația Sectorul privat – persoanele vizate**, situație în care entitățile economice, în vederea obținerii de profit, prelucrează ilegal și excesiv datele cu caracter personal ale persoanelor vizate.

În toate aceste cauze, în diferite variații, riscurile dezechilibrului raportului între sectorul public și sectorul privat se traduc în încălcarea drepturilor și libertăților fundamentale, respectiv a restrângerii drepturilor și libertăților relative ale persoanelor vizate¹⁸.

2. Principalul risc: lezarea drepturilor și libertăților persoanelor vizate

¹⁷ A se vedea Raluca Miga-Besteliu, *Drept internațional public*, vol. I, ed. a II-a revizuită, Ed. C.H. Beck, București, 2010, p. 20. A se vedea și Momcilo Luburici, *Teoria generală a Dreptului*, Ed. Oscar Print, București 2005, pp. 113-165.

¹⁸ A se vedea Raul-Felix Hodoș, Lorena-Elena Stănescu, Raluca Onufreiciuc, „CJUE C-37/20 Luxembourg Business Registers și C-601/20 Sovim: în căutarea justului echilibru între transparența corporativă și protecția vieții private” în *Revista română pentru protecția și securitatea datelor cu caracter personal*, nr. 2/2022, Ed. Universul Juridic, pp. 41-53.

2.1. Condițiile restrângerii exercițiului dreptului la viață privată și dreptului la protecția datelor cu caracter personal

În funcție de impactul asupra vieții, libertății, demnității și dezvoltării persoanei umane, dreptul la viață privată și dreptul la protecția datelor cu caracter personal poate fi restrâns, doar în anumite condiții.

Astfel, potrivit art. 52 alin. (1) din *CDFUE*, „orice restrângere a exercițiului drepturilor și libertăților recunoscute prin prezenta cartă trebuie să fie prevăzută de lege și **să respecte substanța acestor drepturi și libertăți**. Prin respectarea principiului proporționalității, pot fi impuse restrângeri **numai în cazul în care acestea sunt necesare și numai dacă răspund efectiv obiectivelor de interes general recunoscute de Uniune sau necesității protejării drepturilor și libertăților celorlalți**¹⁹.

În ceea ce privește partea specială, anume a vieții private și protecției datelor cu caracter personal, GDPR a prevăzut, în cazuri excepționale, posibilitatea ca sistemul normativ al Uniunii Europene (UE) sau sistemele normative ale Statelor Membre să impună anumite restricții în privința aplicării drepturilor, obligațiilor și principiilor privind prelucrarea datelor cu caracter personal²⁰, în cazurile în care ***o astfel de restricție respectă esența drepturilor și libertăților fundamentale și constituie o măsură necesară și proporțională într-o societate democratică***. Cazurile excepționale punctuale, reprezentând ***preponderent funcții ale expresiei suveranității de stat*** (inclusiv partajate, în cazul UE) vizează: securitatea națională; apărarea; ordinea publică; prevenirea, investigarea, depistarea sau urmărirea penală a infracțiunilor sau executarea sancțiunilor penale, inclusiv protejarea împotriva amenințărilor la adresa securității publice și prevenirea acestora; alte obiective importante de interes public general ale Uniunii sau ale unui stat membru, în special un interes economic sau financiar important al Uniunii sau al unui stat membru, inclusiv în domeniile monetar, bugetar și fiscal și în domeniul sănătății publice și al securității sociale; protejarea independenței judiciare și a procedurilor judiciare; prevenirea, investigarea, depistarea și urmărirea penală a încălcării eticii în cazul profesiilor reglementate; funcția de monitorizare, inspectare sau reglementare legată, chiar și ocazional, de exercitarea autorității oficiale în cazurile prevăzute de *Regulament*; protecția persoanei vizate sau a drepturilor și libertăților altora; precum și punerea în aplicare a pretențiilor de drept civil.

Astfel, măsurile normative de restricționare a aplicării drepturilor, obligațiilor și a principiilor specifice protecției datelor cu caracter personal trebuiau să conțină dispoziții, în cazul în care se impunea, în ceea ce privește: scopurile prelucrării sau ale categoriilor de prelucrare; categoriile de date cu caracter personal; domeniul de aplicare al restricțiilor introduse; garanțiile pentru a preveni abuzurile sau accesul sau transferul ilegal; menționarea operatorului sau a categoriilor de operatori; perioadele de stocare și garanțiile aplicabile având în vedere natura, domeniul de aplicare și scopurile prelucrării sau ale categoriilor de prelucrare; riscurile pentru drepturile și libertățile persoanelor vizate; precum și dreptul persoanelor vizate de a fi informate cu privire la restricție, cu excepția cazului în care acest lucru poate aduce atingere scopului restricției.

¹⁹ A se vedea: Bianca Selejan-Guțan, *Protecția europeană a drepturilor omului*, ed. a IV-a, Ed. C.H. Beck, București, 2011, pp. 3-5. A se vedea și Beatrice Onica-Jarka, *Drept internațional umanitar – note de curs*, ed. a II-a revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2011

²⁰ *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 libera circulație a acestor date și de abrogare a Directivei 95/46/CE – Regulamentul general privind protecția datelor, (în continuare, GDPR sau Regulamentul), art. 23.*

2.2. Esența (conform GDPR) și substanța (CDFUE) drepturilor și libertăților fundamentale

Esența sau substanța reprezintă, de fapt nucleul sau standardul minim care nu poate fi încălcat sub nicio formă și deși a fost invocat de mai multe ori în jurisprudența CJUE, ideea esenței, nucleului sau a substanței drepturilor și libertăților fundamentale nu a fost însă niciodată explicată nici în legislația primară, nici în legislația secundară și nici în jurisprudența CJUE²¹.

La prima vedere, noțiunea de *esență* (*substanță* sau *nucleu*) evocă importanța specifică a unei prerogative, precum și caracterul sever al limitării sale. Prin urmare, esența unui drept (sau libertăți) se referă la elementele fără de care acesta încetează să fie el însuși (încetează să mai fie autentic) și, prin urmare, încetează să mai prezinte orice valoare pentru beneficiarii săi. Diferența între ceea ce aparține și ceea ce nu aparține esenței (nucleului sau substanței) unui drept se referă, în consecință, la ideea că dreptul vizat cuprinde componente de importanță variabilă²².

Atribuirea dată noțiunii de esență privește admisibilitatea restricțiilor referitoare la drepturile și libertățile fundamentale și, mai precis, la definiția *a priori* a interdicțiilor categorice, incompatibile cu testele de proporționalitate (de exemplu, pe timp de pace, uciderea unei persoane nu poate fi justificată prin existența unui interes al Statului – astfel, dreptul la viață nu poate fi restrâns). Esența unui drept fundamental ar trebui respectată în orice circumstanță, iar încălcarea acestuia ar trebui să fie de neacceptat²³.

Astfel, potrivit *CDFUE*, în general, și *GDPR*, în special, este permisă restricționarea exercitării unor drepturi și libertăților fundamentale numai în măsura în care limitările nu ar modifica însăși esența acestora. Prin urmare, o restricție făcută unui drept fundamental care nu este absolut va fi considerată admisibilă numai dacă, în primul rând, respectă esența / substanța / nucleul dreptului și, în al doilea rând, dacă este prevăzută de lege, urmărește un scop legitim și respectă principiul proporționalității²⁴.

În vederea identificării esenței drepturilor și libertăților, în cele ce urmează vor fi prezentate cele două categorii de drepturi și libertăți fundamentale regăsite în *CDFUE*.

2.3. Legătura de cauzalitate între restricționarea aplicării principiilor și drepturilor prevăzute de GDPR și respectarea esenței drepturilor și libertăților fundamentale

Aparent, *restricționarea aplicării principiilor și drepturilor în domeniul protecției datelor cu caracter personal și respectarea esenței drepturilor și libertăților fundamentale* ar putea părea se situeze în sfere diferite. Întrebarea care s-ar putea formula ar fi, astfel: în ce manieră poate fi încălcat un drept fundamental – în afara dreptului la protecția datelor cu caracter personal consacrat în art. 8 din *CDFUE* – printr-o restricționare a drepturilor persoanei vizate prevăzute la art. 12-13 și 34 din *GDPR*?

²¹ Nicolae-Dragoș Ploșteanu, Vlad Lăcătușu, Darius Fărcaș, *Protecția datelor cu caracter personal și viața privată: jurisprudența CEDO și CJUE*, Ed. Universul Juridic, București, 2018. A se vedea și Sébastien VAN Drooghenbroeck and Cecilia Rizcallah, „The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?” în *German Law Journal*, (20), 2019, p. 904.

²² Sébastien VAN Drooghenbroeck, Cecilia Rizcallah, *op. cit.*, p. 906.

²³ *Ibidem*, p. 97.

²⁴ A se vedea: Nicolae Purdă, Nicoleta Diaconu, Nicolae Purdă, Nicoleta Diaconu, *Protecția juridică a drepturilor omului*, ed. a III-a, Ed. Universul Juridic, București, 2016, p. 31 apud *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Sirei, Paris, 1960, p. 240.

Exemple

a) Restricționarea legală a exercitării unui drept conferit de GDPR cu implicații asupra unui drept fundamental relativ

Cu titlu exemplificativ, domnul Y, cetățean al unui stat, având calitatea de suspect într-o cercetare penală, solicită unui parchet respectarea *dreptului la opoziție* în ceea ce privește datele sale cu caracter personal. Având în vedere cadrul normativ aplicabil, operatorul, în speță parchetul, va soluționa nefavorabil solicitarea, restricționând astfel, dreptul la opoziție.

Astfel, dreptul la protecția datelor cu caracter personal opoziție (art. 21), în general, respectiv a dreptului la opoziție (art. 21 GDPR), în special, poate fi restricționat doar 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***.

În exemplul susmenționat, Statul a restricționat aplicarea dreptului la opoziție prin crearea cadrului normativ penal, în concordanță cu art. 23 alin. (1) lit. (d) din *GDPR*, care prevede posibilitatea dreptului intern de a restricționa domeniul de aplicare, pentru a asigura „*prevenirea, investigarea, depistarea sau urmărirea penală a infracțiunilor sau executarea sancțiunilor penale, inclusiv protejarea împotriva amenințărilor la adresa securității publice și prevenirea acestora*”.

b) Restricționarea ilegală a exercitării unui drept conferit de GDPR cu implicații asupra unui drept fundamental absolut

Cu titlu exemplificativ, în vederea implementării unor măsuri de eficientizare fiscală, Parlamentul unui stat a adoptat o lege care a prevăzut publicarea unei „liste a rușinii” persoanelor fizice care nu și-au plătit obligațiile fiscale aferente anului precedent. Lista, conținând datele de identificare, precum și proprietățile deținute de persoanele vizate, urma să fie publicată pe site-ul unei instituții nou-înființate dedicate acestui scop, cu mențiunea explicită a imposibilității persoanelor vizate de a-și putea șterge datele cu caracter personal expuse public.

Astfel, dreptul la protecția datelor cu caracter personal opoziție (art. 21), în general, respectiv a dreptului la ștergerea datelor (art. 17 GDPR), în special, nu puteau fi încălcate, având în vedere că măsura legislativă, în pofida faptului că se încadra în prevederile art. 23 alin. (1) lit. (c), încălca dreptul fundamental absolut la demnitate umană (esența fiind, în acest caz, însuși dreptul), stabilit prin art. 1 din CDFUE.

În exemplul susmenționat, Statul a restricționat ilegal aplicarea dreptului la ștergerea datelor (art. 17 GDPR), încălcând dispozițiile art. 23 alin. (1) din GDPR referitoare la respectarea *esenței drepturilor și libertăților fundamentale și constituie o măsură necesară și proporțională într-o societate democratică*.

V. Concluzii

Asemenea unei balanțe care asigură justul echilibru între *totalitarism* (în cadrul căruia societatea este total controlată de către stat, inclusiv prin încălcarea intereselor private) și *anarhie* (doctrină care și-a propus distrugerea ființială a Statului), relația optimă între public și privat trebuie să se bazeze pe modelul unei societăți deschise, pluraliste, în cadrul unei stări de drept, unde sunt garantate atât interesele generale ale societății, cât și interesele private, în virtutea unor principii și valori. Unul dintre aceste principii este cel al *proporționalității*, care acționează precum un catalizator al sănătății societății.

Interdependența funcțională între public și privat este prezentă inclusiv în domeniul protecției datelor: în timp ce sectorul public are ca principale atribuții reglementarea, stabilirea politicilor, controlul și sancționarea nerespectării cadrului normativ, sectorul privat are ca obiectiv obținerea de profit inclusiv prin intermediul utilizării datelor cu caracter personal ale persoanelor fizice. Sectorul public poate fi supus unor reguli și regulamente mai stricte, deoarece prelucrarea datelor cu caracter personal de către sectorul public poate avea implicații mai mari asupra drepturilor și libertăților indivizilor. Pe de altă parte, sectorul privat poate avea o mai mare libertate în ceea ce privește prelucrarea datelor, dar trebuie să respecte totuși regulile și regulamentele privind protecția datelor cu caracter personal.

În concluzie, sectorul public și sectorul privat au responsabilități similare în ceea ce privește protecția datelor cu caracter personal și a vieții private, însă instrumentele de punere în aplicare a principiului proporționalității variază, în funcție de specificitățile fiecărui sector. Proporționalitatea este esențială într-un stat de drept, iar protejarea ei, atât de sectorul public, cât și de sectorul privat, este vitală în vederea echilibrării avansului tehnologic în raport cu protejarea drepturilor și libertăților fundamentale ale persoanelor vizate. Astfel, societatea se va putea dezvolta corect, responsabil și durabil.

Inteligența artificială. Recomandări, orientări și cadrul juridic în România

[Artificial Intelligence. Recommendations, Guidelines and the Legal Framework in Romania]

Daniela GHITULEASA (DUȚĂ)*

Abstract: *This study aims to present the legal framework, endorsed or implemented recommendations and guidelines in Romania, and significant developments regarding artificial intelligence. Romania is among the last EU member states without a national strategy in the field of artificial intelligence. To facilitate the development of the national strategy on AI and the Action Plan for implementing the strategy at the national level, the Romanian Committee for Artificial Intelligence was established at the end of 2022. The research focuses on the implementation of norms and recommendations regarding artificial intelligence, algorithmic transparency, facial recognition and combating the use of autonomous weapon systems in Romania. Romania has endorsed or implemented the OECD Recommendation on Artificial Intelligence, the UNESCO Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, and the Universal Guidelines for Artificial Intelligence?*

Keywords: *Artificial Intelligence; Artificial Intelligence Regulation; Facial Recognition; Algorithmic Transparency; Human Rights*

În documentarea problemelor supuse cercetării științifice au fost utilizate mai multe metode de cercetare. Dintre acestea, *metoda comparativă* este utilizată pentru a identifica asemănările și deosebirile în ceea ce privește terminologia, principiile și evaluarea sistemelor ce utilizează inteligența artificială. *Prin metoda juridică* au fost supuse analizei orientări, ghiduri, reglementări relevante în ceea ce privește inteligența artificială, recunoașterea facială, combaterea utilizării sistemelor de arme autonome și propunerea de Act privind inteligența artificială¹.

1.1 Terminologie și definiții

Inteligența artificială (IA) este un termen inventat de un profesor emerit de la Stanford, John McCarthy, în 1955, a fost definită de el drept „știința și ingineria de realizare a mașinilor inteligente”².

În ceea ce privește definiția de sine stătătoare a inteligenței artificiale, în data de 3 martie 2023 reprezentanții grupurilor politice din Parlamentul European care lucrează la Actul privind Inteligența Artificială au ajuns la un acord politic cu privire la una dintre cele mai sensibile

* Doctorand, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, Școala de Studii Avansate a Academiei Române (SCOSSAR); membru în Laboratorul de cercetări juridice privind noile tehnologii („LCJNT”) din cadrul Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române, <https://www.csde.ro;ghituleasad@yahoo.com>.

¹ Propunere de Regulament al Parlamentului European și al Consiliului de stabilire a unor norme armonizate privind Inteligența artificială (LEGEA PRIVIND INTELIGENȚA ARTIFICIALĂ) și de modificare a anumitor acte legislative ale Uniunii Bruxelles, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD).

² Artificial intelligence definitions, Stanford University, Human – Centered Artificial Intelligence <https://hai.stanford.edu/sites/default/files/2020-09/AI-Definitions-HAI.pdf>.

probleme, adoptând definiția utilizată de Organizația pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OCDE)³, respectiv:

„Un sistem de inteligență artificială (sistem IA) este un sistem bazat pe mașină⁴ care este conceput să funcționeze cu niveluri variabile de autonomie și care poate, pentru obiective explicite sau implicite, să genereze ieșiri, cum ar fi predicții, recomandări sau decizii care influențează mediile fizice sau virtuale”.

Definirea a ceea ce este considerat Inteligență Artificială va fi foarte importantă, deoarece va defini, de asemenea, cadrul de reglementare a IA în UE.

În data de 6 martie 2023 s-a ajuns la un acord în ceea ce privește definițiile Actului privind inteligența artificială, privind riscul semnificativ, autentificării și identificării biometrice⁵. Sistemele de identificare biometrică la distanță au fost definite ca fiind sisteme IA folosite pentru a verifica identitatea persoanelor prin compararea datelor lor biometrice cu o bază de date de referință cu consimțământul lor prealabil.

Din punct de vedere terminologic, în Expunerea de motive și referințe din **Ghidul universal pentru inteligența artificială** (UGAI) din octombrie 2018 se menționează că termenul de „Inteligență artificială” este atât larg, cât și imprecis. UGAI pur și simplu recunoaște că acest termen, în uz comun, acoperă o gamă largă de probleme conexe și adoptă termenul pentru a angaja dezbateră. Nu există nicio încercare aici de a-și defini limitele, în afară de a presupune că IA necesită un anumit grad de luare a deciziilor automatizate⁶.

În propunerea de Act privind inteligența artificială, la Expunerea de motive se precizează că: *„Inteligența artificială (IA) este o familie de tehnologii cu evoluție rapidă, care poate genera o gamă largă de beneficii economice și societale în întregul spectru de industrii și activități sociale. Prin îmbunătățirea previziunilor, optimizarea operațiunilor și a alocării resurselor, precum și prin personalizarea furnizării de servicii, utilizarea inteligenței artificiale poate sprijini rezultatele benefice din punct de vedere social și ecologic și poate oferi avantaje concurențiale esențiale întreprinderilor și economiei europene”⁷.*

Inteligența artificială se referă la inteligența mașinilor care acționează ca „agenți inteligenți”. În calitate de agenți inteligenți, cu ajutorul software-ului, anumite dispozitive au capacitatea de a percepe mediul în care se află și de a întreprinde acțiuni pe baza algoritmilor. [...] Pentru a imita procesul de luare a deciziilor, tehnologiile moderne și software-ul utilizează algoritmi pe baza cărora dispozitivele iau „decizii automate”. Cea mai potrivită descriere a unui **algoritm** este aceea de procedură compusă din mai mulți pași și utilizată pentru calcul, prelucrare de date, evaluare, raționament și luare de decizii automatizate⁸.

³ <https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/eu-lawmakers-set-to-settle-on-oecd-definition-for-artificial-intelligence/>.

⁴ Acest termen se referă la un sistem care utilizează tehnologie computerizată pentru a efectua sarcini specifice sau pentru a automatiza procese. Aceste sisteme pot fi implementate într-o gamă largă de domenii, inclusiv în industria de manufactură, în transport, în domeniul medical, în sectorul financiar și în multe alte domenii.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ghidul universal pentru inteligența artificială și expunerea de motive și referințe se regăsește spre consultare aici: <https://thepublicvoice.org/ai-universal-guidelines/memo/>

⁷ Propunere de REGULAMENT AL PARLAMENTULUI EUROPEAN ȘI AL CONSILIULUI DE STABILIRE A UNOR NORME ARMONIZATE PRIVIND INTELIGENȚA ARTIFICIALĂ (LEGEA PRIVIND INTELIGENȚA ARTIFICIALĂ) ȘI DE MODIFICARE A ANUMITOR ACTE LEGISLATIVE ALE UNIUNII, Bruxelles, din 21.04.2021: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e0649735-a372-11eb-9585-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF

⁸ Manual de legislație europeană privind protecția datelor. Oficiul pentru publicații al Uniunii Europene, Luxemburg, 2020.

Un algoritm este o metodă de rezolvare a unei clase de probleme pe un computer. Complexitatea unui algoritm determină costul, măsurat în timpul de rulare sau stocare, sau orice unități sunt relevante, al utilizării algoritmului pentru a rezolva una dintre aceste probleme⁹.

În data de 11 noiembrie 2021 Autoritatea pentru Digitalizarea României a emis **Norma privind reglementarea, recunoașterea, aprobarea sau acceptarea procedurii de identificare a persoanei la distanță utilizând mijloace video**¹⁰ în care se menționează că *identificarea persoanei la distanță prin mijloace video* reprezintă procesul de identificare și verificare a identității persoanei fizice, în baza documentelor prezentate, a imaginilor capturate și/sau a informațiilor comunicate de persoana fizică, utilizând mijloace video.

Armele letale autonome (ALA) sunt arme care sunt capabile să identifice, să localizeze și să atace ținte fără intervenția umană. Aceste arme pot fi programate să caute și să distrugă ținte specifice, fără a fi controlate direct de un operator uman. Tehnologia utilizată pentru ALA poate include algoritmi de inteligență artificială, senzori, sisteme de navigație și sisteme de armament.

1. Strategia națională în domeniul Inteligenței Artificiale

Obiectivele stabilite prin Strategia Națională privind Inteligență Artificială a României¹¹ privesc creșterea calității vieții oamenilor și obținerea unui impuls economic semnificativ prin dezvoltarea și adoptarea tehnologiilor de inteligență artificială la nivel național, respectând și reflectând valorile etice umane¹².

Strategia pentru dezvoltarea și adoptarea tehnologiei IA la nivel național trebuie să creeze un cadru optim care să asigure:

- crearea, atragerea și reținerea talentelor în România;
- dezvoltarea de concepte, metode și soluții inovatoare prin cercetarea în domeniul inteligenței artificiale;
- industrializarea ideilor de cercetare în domeniul inteligenței artificiale;
- adoptarea proactivă și eficientă a soluțiilor de inteligență artificială pentru a genera creștere și a satisface nevoile oamenilor;
- colectarea eficientă a datelor care permit dezvoltarea soluțiilor de inteligență artificială.

Toate aceste obiective trebuie urmărite prin abordarea centrată pe om pentru a garanta că dezvoltarea și adoptarea inteligenței artificiale au un impact pozitiv maxim asupra viitorului muncii și bunăstării oamenilor și că vor reflecta valorile etice umane în conformitate cu comunitatea internațională¹³.

La nivel național, la sfârșitul anului 2022, a fost înființat Comitetul Român pentru Inteligență Artificială (CoRISA), cu scopul de a elabora o strategie națională pentru inteligența artificială și un plan de acțiune pentru implementarea acestei strategii.

⁹ Herbert S. Wilf, *Algorithms and Complexity* University of Pennsylvania, Philadelphia, PA 19104-6395, 1994, p. 5.

¹⁰ Norma din 2021 privind reglementarea, recunoașterea, aprobarea sau acceptarea procedurii de identificare a persoanei la distanță utilizând mijloace video, emisă de Autoritatea pentru Digitalizarea României (denumit în continuare „ADR”) în data de 11.11. 2021, publicată în M. Of. 1119 din 2021.11.24

¹¹ <https://oecd.ai/en/dashboards/policy-initiatives/http:%2F%2Faipo.oecd.org%2F2021-data-policyInitiatives-24849>. Proiectul de document a fost propus la mijlocul lunii octombrie 2019, urmat de consultări cu părțile interesate din mediul academic în octombrie 2019, în toate ramurile administrației publice în noiembrie 2019 și cu publicul larg în decembrie 2019 și cu propunerea de adoptare până la sfârșitul trimestrului 1 din 2020, fără demersuri ulterioare.

¹² Documentul se regăsește spre consultare aici:

https://drive.google.com/file/d/1jQ1__xscTEbR5QZNHfhPPPjY62fDb4/view

¹³ https://drive.google.com/file/d/1jQ1__xscTEbR5QZNHfhPPPjY62fDb4/view

2. Recomandări, orientări și prevederi legislative

2.1. Recomandarea Consiliului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD)¹⁴ privind inteligența artificială (IA) reprezintă primul standard interguvernamental menit să sprijine guvernele în eforturile lor de implementare a politicilor IA și o bază pe care să se efectueze analize suplimentare și să se dezvolte instrumentele necesare. A fost adoptat de Consiliul OCDE la nivel ministerial la 22 mai 2019 ce a avut ca temă principală tranziția digitală, la propunerea Comitetului privind politica economiei digitale (CDEP)¹⁵.

România a aderat la principiile OECD privind inteligența artificială prin semnarea Declarației OECD cu privire la Inteligența Artificială în luna mai a anului 2019 la întâlnirea de la Paris a reuniunii Consiliului Ministerial. Prin semnarea declarației, România și-a exprimat angajamentul de a promova și implementa principii etice¹⁶ pentru dezvoltarea și utilizarea inteligenței artificiale într-un mod responsabil și sustenabil.

Implementarea principiilor OECD privind inteligența artificială în România este încă în curs de desfășurare și poate fi considerată un proces continuu printr-un efort constant de a promova și implementa utilizarea responsabilă și etică a inteligenței artificiale în țară.

2.2. Sub președinția Japoniei, Miniștrii comerțului din G20 și Miniștrii economiei digitale au aprobat în iunie 2019 **Principiile G20¹⁷ privind inteligența artificială**.

Aceste principii au fost adoptate în 2019 de către membrii G20 și reprezintă o serie de orientări și principii¹⁸ privind dezvoltarea și utilizarea inteligenței artificiale într-un mod responsabil și etic. Prin adoptarea acestor principii, România s-ar angaja să promoveze dezvoltarea și utilizarea inteligenței artificiale într-un mod care să respecte drepturile omului, să fie transparentă, să fie folosită în beneficiul societății și să fie supusă reglementărilor și standardelor internaționale relevante.

Nu se regăsesc informații clare cu privire la implementarea Principiilor G20 privind Inteligența Artificială de către România.

¹⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (Organizația pentru Dezvoltare și Cooperare Economică – OECD) a fost creat în 1961 și este un forum unic în care guvernele lucrează împreună pentru a aborda problemele economice, sociale și provocările de mediu ale globalizării. Uniunea Europeană participă la lucrările OCDE iar România participă în calitate de stat candidat la aderarea la Organizație, după decizia Consiliului OCDE din 25.01.2022, de acordare a acestui statut țării noastre (OCDE urmează să aprobe oficial Foia de Parcurș pentru Aderarea României la organizație (mediafax.ro)).

Recomandările sunt adoptate de Consiliu și nu sunt obligatorii din punct de vedere legal. Acestea reprezintă un angajament politic față de principiile pe care le conțin și implică o așteptare ca aderenții să facă tot posibilul pentru a le implementa.

¹⁵ OECD, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/0449.

¹⁶ Principiile OECD privind inteligența artificială privesc: transparența, responsabilitatea, respectul pentru drepturile omului, securitatea și protecția vieții private, precum și asigurarea durabilității și a impactului pozitiv asupra societății și a mediului.

¹⁷ G20 (sau formal, Grupul celor douăzeci de miniștri ai finanțelor și ai guvernatorilor băncilor centrale, conform originalului din engleză, [the] Group of Twenty Finance Ministers and Central Bank Governors) este un forum creat în 1999 și cuprinde un grup de miniștri de finanțe și guvernatori ai băncilor centrale din 20 de economii – 19 ale celor mai mari economii naționale, plus al Uniunii Europene. (<https://ro.wikipedia.org/wiki/G20>)

¹⁸ Principiile G20 privind AI sunt centrarea pe valorile umane, corectitudine, transparență, explicabilitate, robustețe, securitate, siguranță și responsabilitate.

2.3. Cartea albă privind inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere¹⁹ a fost publicată la 19 februarie 2020 de către Comisia Europeană și prezintă principiile de bază ale unui viitor cadru de reglementare al UE pentru inteligența artificială în Europa.

În data de 8 septembrie 2020 a fost emisă Hotărârea nr. 28/2020 privind adoptarea opiniei referitoare la Cartea albă – Inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere – COM (2020) 65²⁰.

2.4. Conferința Generală a Organizației Națiunilor Unite pentru Educație, Știință și Cultură (UNESCO), reunită la Paris în anul 2021, la cea de-a 41-a sesiune a emis în 23 noiembrie 2021 **Recomandarea privind Etica Inteligenței Artificiale**²¹, reprezintă un angajament politic al statelor semnatare în vederea promovării unui cadru etic pentru dezvoltarea și utilizarea inteligenței artificiale.

România a aderat la Recomandarea UNESCO privind Etica Inteligenței Artificiale (EIA), iar în ceea ce privește implementarea recomandărilor acestea sunt în curs de desfășurare.

În conformitate cu prevederile Recomandării EIA, statele semnatare trebuie să dezvolte și să implementeze politici și strategii naționale în domeniul inteligenței artificiale care să promoveze principiile etice și să protejeze drepturile omului.

2.5. Regulamentul privind protecția datelor cu caracter personal (RGPD)²² definește procesul decizional individual automatizat, inclusiv crearea de profiluri la art. 22(1), persoana vizată are dreptul de a nu face obiectul unei decizii bazate exclusiv pe prelucrarea automată, inclusiv crearea de profiluri, care produce efecte juridice care privesc persoana vizată sau o afectează în mod similar într-o măsură semnificativă.

Se vor aplica atât RGPD, cât și Actul privind inteligența artificială în cazul sistemelor IA care prelucrează date cu caracter personal, vor necesita evaluări separate ale riscurilor, iar încălcarea prevederilor celor două regulamente implică amenzi cumulate pentru același eveniment.

2.6. În data de 21 aprilie 2021, la nivelul Uniunii Europene, a fost publicată propunerea de **Act privind inteligența artificială** care urmărește să asigure că sistemele de inteligență artificială introduse pe piața UE sunt sigure și respectă legislația în vigoare privind drepturile fundamentale și cerințele de siguranță aplicabile sistemelor de inteligență artificială.

În propunerea de Act privind inteligența artificială sunt definite și sistemele de identificare biometrică la distanță, recunoașterea emoțiilor și sistemele de clasificare biometrică.

¹⁹ Cartea albă privind inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere, Bruxelles, 19.2.2020 COM(2020) 65 final; https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_ro

²⁰ Hotărârea nr. 28/2020 privind adoptarea opiniei referitoare la Cartea albă – Inteligența artificială – O abordare europeană axată pe excelență și încredere – COM (2020) 65, dată act: 8-sept-2020, emitent: Camera Deputaților, publicat în M. Of. 825 din 2020.09.09.

²¹ Recomandarea privind Etica Inteligenței Artificiale UNESCO, 25.06.2021 <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137>.

²² 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 (denumit în continuare „Regulamentul general privind protecția datelor” sau „RGPD”) J.O. L 119 din 04 mai 2016, p. 1-88.

2.7. Regulamentul privind serviciile digitale²³ reprezintă noul set de norme de referință ale Uniunii Europene pentru asigurarea unui mediu online sigur și responsabil. Acesta se aplică tuturor serviciilor digitale prin care consumatorii sunt puși în legătură cu furnizorii de bunuri, servicii sau conținut online. Regulamentul creează noi obligații pentru platformele online menite să reducă eventualele prejudicii cauzate și să contracareze riscurile din mediul online și prevede garanții puternice de protecție a drepturilor utilizatorilor online și un cadru nou și unic de transparență și responsabilitate pentru platformele digitale²⁴.

2.8. Ghidul universal pentru inteligența artificială (UGAI) a fost prezentat la Conferința internațională a comisarilor pentru protecția datelor și confidențialitate din octombrie 2018, aceasta fiind printre cele mai importante întâlniri ale liderilor în tehnologie și experților în protecția datelor din istorie²⁵.

În domeniul de aplicare al orientărilor UGAI intră doar sistemele care au impact asupra drepturilor omului. Din punct de vedere al aplicabilității, orientările UGAI ar trebui să fie încorporate în standardele etice, adoptate în legislațiile naționale și în acordurile internaționale și încorporate în proiectarea sistemelor.

Nu sunt informații disponibile despre aderarea României la Ghidul universal pentru inteligența artificială.

2.9. Decizia (PESC) 2022/2269/18-nov-2022 privind sprijinul Uniunii pentru punerea în aplicare a proiectului „Promovarea inovării responsabile în inteligența artificială pentru pace și securitate”²⁶ menționează ca progresele recente înregistrate în domeniul IA au deschis noi posibilități de a sprijini și de a susține pacea și securitatea, de exemplu, prin realizarea de îmbunătățiri tehnologice în domenii precum alerta timpurie în situații de conflict și verificarea controlului armamentelor și al exporturilor. Pe de altă parte, aceste progrese au permis apariția unor noi modalități de generare – sau de agravare – a tensiunilor, conflictelor și insecurității dintre state și în interiorul acestora. Riscurile pe care le prezintă anumite aplicații ale IA, cum ar fi sistemele de arme letale autonome, au devenit un motiv major de îngrijorare pentru comunitatea care susține controlul armamentelor.

3.10. La sesiunile **Global Privacy Assembly** România nu a participat ca sponsor sau cosponsor.

În cadrul sesiunilor au fost emise trei rezoluții în ceea ce privește inteligența artificială și recunoașterea facială, respectiv:

- Rezoluția din anul 2022 privind principiile și așteptările pentru utilizarea adecvată a informațiilor personale în tehnologia de recunoaștere facială²⁷.

²³ Regulamentul (UE) 2022/2065 al Parlamentului European și al Consiliului din 19 octombrie 2022 privind o piață unică pentru serviciile digitale și de modificare a Directivei 2000/31/CE (Regulamentul privind serviciile digitale), OJ L 277, 27.10.2022, p. 1-102.

²⁴ Comunicatul de presă emis de Comisia Europeană în data de 16.11.2022 – Regulamentul privind serviciile digitale: au intrat în vigoare normele de referință ale UE privind platformele online ce poate fi consultat aici: Regulamentul privind serviciile digitale: au intrat în vigoare normele de referință ale UE privind platformele online (europa.eu).

²⁵ Ghidul universal pentru inteligența artificială și expunerea de motive și referințe se regăsește spre consultare aici: <https://thepublicvoice.org/ai-universal-guidelines/memo/>. A fost ultima data consultat în data de 20.06.2022.

²⁶ Decizia (PESC) 2022/2269/18-nov-2022 privind sprijinul Uniunii pentru punerea în aplicare a proiectului „Promovarea inovării responsabile în inteligența artificială pentru pace și securitate” dată act: 18-nov-2022, emitent: Consiliul Uniunii Europene, publicat în Jurnalul Oficial 300L din 2022.11.21

²⁷ <https://globalprivacyassembly.org/wp-content/uploads/2022/11/15.1.c.Resolution-on-Principles-and-Expectations-for-the-Appropriate-Use-of-Personal-Information-in-Facial-Recognition-Technology.pdf>

- Rezoluția din anul 2020 privind responsabilitatea în dezvoltarea și utilizarea inteligenței artificiale²⁸.
- Declarația din anul 2018 privind etica și protecția datelor în inteligența artificială²⁹.

3.11. Organizația Tratatului Atlanticului de Nord (NATO)

Bordul de revizuire a datelor și a inteligenței artificiale (DARB) al NATO s-a întâlnit în data de 7 februarie 2023 pentru a începe dezvoltarea unui standard de certificare a inteligenței artificiale responsabil și ușor de utilizat pentru a ajuta industriile și instituțiile din întreaga Alianță să se asigure că noile proiecte IA și de date sunt conforme cu legea internațională, precum și cu normele și valorile NATO³⁰.

Standardul, care se aplică și exploatarea datelor și va include controale de calitate, urmează să fie finalizat până la sfârșitul anului 2023. Scopul său este de a traduce Principiile NATO privind utilizarea responsabilă, aprobate în octombrie 2021 ca parte a primei strategii IA a NATO, în verificări și echilibre concrete. Acest lucru va ajuta la construirea încrederii în rândul comunității de inovare, utilizatorilor finali operaționali și publicului larg.

Bordul este compus din reprezentanți nominalizați din țările aliate, invitații Finlanda și Suedia, precum și experți NATO. În prezent, NATO testează IA în domenii la fel de diverse ca apărarea cibernetică, schimbările climatice și analiza imaginilor.

3. Recunoașterea facială

Utilizarea recunoașterii faciale³¹ este reglementată în cadrul Uniunii Europene și de GDPR care prevede preluarea consimțământul expres al persoanei vizate înainte de colectarea și prelucrarea datelor sale cu caracter personal, inclusiv a datelor de identificare facială, și stabilesc cerințe stricte cu privire la securitatea și protecția datelor.

În România, utilizarea recunoașterii faciale este reglementată de Legea privind prelucrarea datelor cu caracter personal³² și prevede că utilizarea recunoașterii faciale este permisă numai cu consimțământul explicit al persoanei vizate și în conformitate cu cerințele de securitate și protecție a datelor prevăzute de lege.

Autoritatea Bancară Europeană a publicat în data de 22.11.2022 **Orientările privind integrarea la distanță a clienților** ce stabilesc pașii pe care trebuie să îi parcurgă instituțiile de credit și financiare pentru a asigura practici sigure și eficiente de integrare la distanță a clienților, în conformitate cu legislația aplicabilă împotriva spălării banilor și combaterea finanțării terorismului și cu cadrul UE de protecție a datelor³³. Orientările se aplică tuturor instituțiilor de

²⁸ <https://globalprivacyassembly.org/wp-content/uploads/2020/11/GPA-Resolution-on-Accountability-in-the-Development-and-Use-of-AI-EN.pdf>

²⁹ https://globalprivacyassembly.org/wp-content/uploads/2018/10/20180922_ICDPPC-40th_AI-Declaration_ADOPTED.pdf

³⁰ https://www.nato.int/cps/en/natohq/news_211498.htm

³¹ Subiectul a fost tratat și în cercetarea: Identificarea la distanță utilizând recunoașterea facială. Preocupări în ceea ce privește protecția datelor și viața privată, publicată în Revista Romana de Drept European (Comunitar) 3 din 2022, 2022, Duță Daniela.

³² 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), M. Of. 651 din 2018.07.26

³³ Documentul se regăsește spre consultare aici: <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/anti-money-laundering-and-counter-terror-finance/guidelines-use-remote-customer-onboarding-solutions>

credit și financiare care intră în domeniul de aplicare al Directivei împotriva spălării banilor³⁴.

Aceste orientări stabilesc standarde comune ale UE privind dezvoltarea și implementarea unor politici și procese inițiale de due diligence a clienților solide, sensibile la risc, în contextul integrării la distanță a clienților. Acestea stabilesc pașii pe care trebuie să îi ia instituțiile financiare atunci când aleg instrumentele de integrare la distanță a clienților și atunci când evaluează caracterul adecvat și fiabilitatea acestor instrumente, pentru a se conforma în mod eficient cu obligațiile lor împotriva spălării banilor și combaterea finanțării terorismului și cu cadrul UE de protecție a datelor.

4. Transparență Algoritmică

În Uniunea Europeană, principiul transparenței algoritmice este reglementat și prin GDPR care stabilește că persoanele vizate trebuie să fie informate în mod clar și concis cu privire la logica și consecințele oricărei prelucrări automate a datelor cu caracter personal care îi vizează, inclusiv a algoritmilor utilizați.

Respectiv, GDPR prevede dreptul persoanelor vizate de a solicita informații cu privire la prelucrarea datelor cu caracter personal care îi vizează, inclusiv informații cu privire la utilizarea algoritmilor, precum și dreptul de a solicita explicații cu privire la deciziile automatizate care le afectează.

Regulamentul privind serviciile digitale (DSA) prevede și el cerințe referitoare la transparența algoritmilor. Potrivit DSA, furnizorii de servicii digitale care utilizează algoritmi trebuie să ofere informații clare și precise cu privire la funcționarea acestora și la modul în care iau decizii automatizate care îi afectează pe utilizatori. Furnizorii trebuie să asigure transparența și accesibilitatea acestor informații, astfel încât utilizatorii să poată înțelege cum funcționează algoritmii și cum sunt influențate deciziile luate în baza lor.

5. Concluzii

Tehnologiile ce utilizează inteligența artificială se dezvoltă mai rapid ca dreptul, prin urmare trebuie urmărite implicațiile rezultate din utilizarea noilor sisteme.

România este printre ultimele state ale UE fără o strategie națională în domeniul inteligenței artificiale. Pentru facilitarea elaborării strategiei naționale în domeniul IA și a Planului de Acțiune pentru implementarea strategiei la nivel național a fost înființat la sfârșitul anului 2022 Comitetul Român pentru Inteligență Artificială.

România a aderat la Recomandarea Consiliului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD) privind inteligența artificială, Recomandarea UNESCO privind Etica Inteligenței Artificiale sau Ghidul universal pentru inteligență artificială.

De asemenea, în România au fost implementate deja anumite reglementări și practici pentru a asigura utilizarea responsabilă și etică a inteligenței artificiale, cum ar fi Recomandarea Consiliului Organizației pentru Cooperare și Dezvoltare Economică (OECD) privind inteligența artificială, Recomandarea UNESCO privind Etica Inteligenței Artificiale și reglementările Regulamentul General privind Protecția Datelor Personale.

Este important să se respecte acest cadru juridic în utilizarea IA în România, pentru a proteja drepturile și libertățile cetățenilor și a asigura o dezvoltare responsabilă a acestor tehnologii.

³⁴ Directiva (UE) 2015/849 a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 2015 privind prevenirea utilizării sistemului financiar în scopul spălării banilor sau finanțării terorismului, de modificare a Regulamentului (UE) nr. 648/2012 al Parlamentului European și al Consiliului și de abrogare a Directivei 2005/60/CE a Parlamentului European și a Consiliului și a Directivei 2006/70/CE a Comisiei, JO L 141 5.6.2015, p. 73

Cadrul legislativ unional și de transpunere privind contractele de vânzare de bunuri încheiate între vânzători și consumatori în condițiile unei economii digitalizate

[Union Legislative and Transposition Framework Regarding Contracts for The Sale of Goods Concluded Between Sellers and Consumers in The Conditions of a Digitalized Economy]

Conf. univ. dr. Elise Nicoleta VÂLCU*

Abstract: *In accordance with the provisions inserted in Para 1-2) letter (a) of Art 169 of the TFEU, the European Union, through its own legislative mechanisms adopted pursuant to Article 114 of the TFEU, must ensure consumers a high level of protection, as well as the promotion of the competitiveness of enterprises, considering the technological evolution that generated the development of a market of goods including of those incorporating digital content or digital services, given that online sales of goods constitute the vast majority of cross-border sales in the European Union. The adoption of the Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects relating to contracts for the sale of goods, amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC and repealing of Directive 1999/44/EC, is part of the European Union's policy of increasing legal security regarding the rules applicable to contracts for the sale of products. In Romanian legislation, Directive (EU) 2019/771 was transposed by Emergency Ordinance no. 140/2021 regarding certain aspects related to contracts for the sale of goods.*

Keywords: *Consumer; Seller; Goods with Digitized Elements; Compliance Conditions; Corrective Measures*

I. Introducere

La nivelul Uniunii Europene funcționează o politică de protecție a consumatorilor ce are ca obiectiv esențial garantarea drepturilor consumatorilor în general, și a celor vulnerabili, în special, în relația cu comercianții profesioniști. Dispoziții relevante în materie se regăsesc atât în art. 4 alin. (1) lit. (f)¹, cât și în art. 12², 114 și 169³ din Tratatul privind Funcționarea Uniunii Europene (TFUE) cât și în art. 38⁴ din Carta drepturilor fundamentale a Uniunii Europene.

* Universitatea Pitești, Facultatea de Științe Economice și Drept; elisevalcu@yahoo.com.

¹„(2) Competențele partajate între Uniune și statele membre se aplică în următoarele domenii principale:..... (f) protecția consumatorului...”

²(ex-art. 153 alin. (2) TCE) ”Cerințele din domeniul protecției consumatorilor se iau în considerare în definirea și punerea în aplicare a celorlalte politici și acțiuni ale Uniunii”.

³ (ex-art. 153 TCE) „(1) Pentru a promova interesele consumatorilor și pentru a asigura un nivel ridicat de protecție a consumatorilor, Uniunea contribuie la protecția sănătății, a siguranței și a intereselor economice ale consumatorilor, precum și la promovarea dreptului acestora la informare, educare și organizare în vederea apărării intereselor lor. (2) Uniunea contribuie la realizarea obiectivelor menționate la alin. (1) prin: (a) măsuri pe care le adoptă în temeiul art. 114 în cadrul realizării pieței interne; (b) măsuri care sprijină și completează politica desfășurată de statele membre și care asigură continuarea acesteia. (3) Parlamentul European și Consiliul, hotărând în conformitate cu procedura legislativă ordinară și după consultarea Comitetului Economic și Social, adoptă măsurile prevăzute la alin. (2) lit. (b). (4) Măsurile adoptate în temeiul alin. (3) nu pot împiedica un stat membru să mențină sau să stabilească măsuri de protecție mai stricte. Aceste măsuri trebuie să fie compatibile cu tratatele. Acestea sunt notificate Comisiei”.

⁴ „Politicile Uniunii asigură un nivel ridicat de protecție a consumatorilor”.

Comunicarea Comisiei din 6 mai 2015, intitulată „Strategia privind piața unică digitală pentru Europa” a identificat între prioritățile sale necesitatea consolidării încrederii consumatorilor în legislația adecvată, recunoscându-se nevoia unei adaptări legislative în materia protecției consumatorului într-un mod mai rapid, mai flexibil și mai coerent.

În aceeași manieră, Comunicarea Comisiei din 28 octombrie 2015, intitulată „Ameliorarea strategiei privind piața unică, mai multe oportunități pentru cetățeni și pentru întreprinderi” a reiterat faptul că asigurarea respectării legislației Uniunii Europene privind protecția consumatorului trebuie să fie consolidată prin reformarea Regulamentului (CE) nr. 2006/2004⁵ al Parlamentului European și al Consiliului din 27 octombrie 2004 privind cooperarea dintre autoritățile naționale însărcinate să asigure aplicarea legislației în materie de protecție a consumatorului („Regulamentul privind cooperarea în materie de protecție a consumatorului”).

Ca rezultat al acestei nevoi de „reașezare” a legislației unionale, la 12 decembrie 2017, a fost adoptat Regulamentul (UE) 2017/2397⁶ al Parlamentului European și al Consiliului privind cooperarea dintre autoritățile naționale însărcinate să asigure respectarea legislației în materie de protecție a consumatorului și de abrogare a Regulamentului (CE) nr. 2006/2004, cu intenția de a îmbunătăți eficacitatea normelor și a procedurilor privind cooperarea dintre autoritățile naționale responsabile cu asigurarea respectării legislației privind protecția consumatorilor.

La 11 aprilie 2018, Comisia Europeană a adoptat Pachetul „Noile avantaje pentru consumatori” care a cuprins două propuneri de directive și o comunicare, cu scopul de a asigura o mai bună respectare a legislației unionale în materie de protecție a consumatorilor, pe fondul unei accentuări a încălcării acesteia, cât și urmare a nevoii de readaptare legislativă generată de dinamica pieței unice.

În urma propunerii Comisiei Europene la 27 noiembrie 2019, Parlamentul European a adoptat Directiva (UE) 2019/2161⁷ privind o mai bună asigurare a respectării normelor Uniunii în materie de protecție a consumatorilor și modernizarea acestor norme.

Un an mai târziu, în aplicarea pachetului recomandat de Comisia Europeană, Parlamentul European a adoptat la 25 noiembrie 2020, Directiva (UE) 2020/1828⁸ privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor.

La 28 aprilie 2021, a fost lansat „Programul privind piața internă”⁹ prin care s-au stabilit obiective cu privire la promovarea intereselor consumatorilor prin asigurarea unui nivel înalt de protecție și siguranță a produselor.

⁵JO L 364, 9.12.2004, p. 1.

⁶JO L 345, 27.12.2017, p. 1, astfel cum a fost modificat prin Regulamentul (UE) 2018/302 al Parlamentului European și al Consiliului din 28 februarie 2018, (JO L 601, 2.3.2018, p. 1), prin Directiva (UE) 2019/770 a Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2019 (JO L 136, 22.5.2019, p. 1), prin Directiva (UE) 2019/771 a Parlamentului European și al Consiliului din 20 mai 2019 (JO L 136, 22.5.2019, p. 28).

⁷ Directiva (UE) 2019/2161 a Parlamentului European și a Consiliului din 27 noiembrie 2019 de modificare a Directivei 93/13/CEE a Consiliului și a Directivelor 98/6/CE, 2005/29/CE și 2011/83/UE ale Parlamentului European și ale Consiliului în ceea ce privește o mai bună asigurare a respectării normelor Uniunii în materie de protecție a consumatorilor și modernizarea acestor norme (JO L 328, 18.12.2019, pp. 7-28).

⁸ Directiva (UE) 2020/1828 a Parlamentului European și a Consiliului din 25 noiembrie 2020 privind acțiunile în reprezentare pentru protecția intereselor colective ale consumatorilor și de abrogare a Directivei 2009/22/CE (JO L 409, 4.12.2020, pp. 1-27).

⁹Regulamentul (UE) 2021/690 al Parlamentului European și al Consiliului din 28 aprilie 2021 de instituire a unui program privind piața internă, competitivitatea întreprinderilor, inclusiv a întreprinderilor mici și mijlocii, domeniul plantelor, animalelor, produselor alimentare și hranei pentru animale și statisticile europene (Programul privind piața unică) și de abrogare a Regulamentelor (UE) nr. 99/2013, (UE) nr. 1287/2013, (UE) nr. 254/2014 și (UE) nr. 652/2014 (JO L 153, 3.5.2021, pp. 1-47).

La nivelul anului 2022, Uniunea Europeană promovează o politică a consumatorului într-o viziune actualizată, adaptată cerințelor adecvate unei dezvoltări durabile integrate. În acest sens, amintim adoptarea la 13 noiembrie 2022 a Programului de acțiune al Uniunii Europene în domeniul protecției consumatorului denumit „Noua agendă privind consumatorii” aplicabil pentru perioada 2020-2025, având subtitlul „Consolidarea rezilienței consumatorilor pentru o redresare durabilă”. Noua agendă reprezintă o extensiune pornind de la „Agenda consumatorilor 2012-2020 și de la pachetul de măsuri „Noile avantaje pentru consumatori” din 2018.

II. Succinte considerații privind domeniul de aplicare al Directivei (UE) 2019/771. Dispoziții de transpunere

Directiva (UE) 2019/771¹⁰ a Parlamentului European și a Consiliului din 20 mai 2019 privind anumite aspecte referitoare la contractele de vânzare de bunuri, de modificare a Regulamentului (UE) 2017/2394 și a Directivei 2009/22/CE și de abrogare a Directivei 1999/44/CE, împreună cu Directiva (UE) 2019/770¹¹ a Parlamentului și a Consiliului din 20 mai 2019 privind anumite aspect referitoare la contractele de furnizare de conținut digital și de servicii digitale¹², reprezintă parte a pachetului legislativ unional cu rol de protecție a consumatorilor stabilind dispoziții referitoare la contractele de vânzare încheiate între vânzător și consumator cu referire la conformitatea bunurilor cu prevederile contractului inclusiv măsuri corective în caz de neconformitate dar și modalități de punere în aplicare a măsurilor corective, precum și dispoziții referitoare la garanțiile comerciale.

Transpunerea în legislația națională a Directivei (UE) 2019/771 s-a realizat prin O.U.G. nr. 140 din 28 decembrie 2021 privind anumite aspect referitoare la contractele de vânzare de bunuri¹³.

În ceea ce privește domeniul de aplicare al Directivei (UE) 2019/771, astfel cum se statuează la art. 3 alin. (2) și (3), aceasta se aplică contractelor încheiate între un consumator și un vânzător pentru furnizarea de bunuri aflate pe piață ori care urmează să fie fabricate sau produse.

În accepțiunea prezentei directive, următorii termeni sunt definiți astfel:

(a) „contract de vânzare” înseamnă orice contract în temeiul căruia vânzătorul transferă sau se angajează să transfere unui consumator proprietatea asupra unor bunuri, iar consumatorul plătește sau se angajează să plătească prețul acestora¹⁴;

(b) „consumator” înseamnă orice persoană fizică care acționează în scopuri ce exced activității comerciale, industriale, artizanale sau profesionale a persoanei respective¹⁵;

(c) „vânzător” înseamnă orice persoană fizică sau juridică, indiferent dacă este publică sau privată care acționează, inclusiv prin intermediul unei alte persoane, ori în numele respectivei persoane fizice sau juridice sau în contul acesteia, în scopuri ce țin de activitatea comercială, industrială, artizanală sau profesională a persoanei respective¹⁶;

¹⁰ JO L 136, 22.5.2019, pp. 28-50.

¹¹ JO L 136, 22.5.2019, pp. 1-27.

¹² A se vedea pentru amănunte suplimentare privind contractele de furnizare de conținut digital și de servicii digitale, Giliker Paula, Charter - *Implementing Directive 2019/770/UE on Contracts for the supply of digital content and services- A common law perspective* in the Book- EU Private Law and the CISG, 1st Edition, Routledge, 2021.

¹³ Publicată în M. Of. nr. 1245 din 30 decembrie 2021.

¹⁴ Text reiterat în cadrul art. 2 alin. (1) pct. (5) din O.U.G. nr. 140/2021.

¹⁵ Text reiterat în cadrul art. 2 alin. (1) pct. (4) din O.U.G. nr. 140/2021.

¹⁶ Text reiterat în cadrul art. 2 alin. (1) pct. (18) din O.U.G. nr. 140/2021.

(d) „bunuri” înseamnă: (i) orice obiect corporal mobil¹⁷; (ii) orice obiect corporal mobil care încorporează un conținut digital sau un serviciu digital sau este interconectat cu acestea, astfel încât, în absența respectivului conținut digital sau serviciu digital, bunul nu și-ar putea îndeplini funcțiile („bunuri cu elemente digitale”¹⁸);

(e) „conținut digital” înseamnă date produse și furnizate în format digital¹⁹;

(f) „serviciu digital” înseamnă (i) un serviciu care permite consumatorului crearea, prelucrarea, stocarea sau accesarea datelor în format digital; sau (ii) un serviciu care permite schimbul de date în format digital încărcate sau create de consumator sau de alți utilizatori ai serviciului respectiv, sau orice altă interacțiune cu aceste date etc.²⁰.

Astfel cum reglementează art. 3 alin. (4) din Directiva (UE) 2019/771, dispozițiile sale nu sunt incidente:

(a) suportului material care servește exclusiv ca suport al conținutului digital;

(b) bunurilor vândute prin executare silită²¹.

Având în vedere definirea termenilor mai sus enunțați, remarcăm că, prezenta normă se aplică contractelor de vânzare de bunuri, inclusiv bunuri cu elemente digitale în cazul cărora absența conținutului digital sau a serviciului digital încorporat sau interconectat ar împiedica bunurile să își îndeplinească funcțiile și în cazul cărora conținutul digital sau serviciul digital este furnizat împreună cu bunurile în temeiul contractului de vânzare.

De asemenea, considerăm că sunt incluse aici contractele de vânzare care pot fi înțelese ca având ca obiect furnizarea de conținut digital specific sau de servicii digitale specifice care sunt normale pentru bunurile de același tip și la care consumatorul s-ar putea aștepta în mod rezonabil, dată fiind natura bunurilor. Un exemplu în acest sens ar putea fi cel al unui ceas inteligent. Într-un astfel de caz, ceasul însuși ar fi considerat drept bunul cu elemente digitale care își poate îndeplini funcțiile numai prin intermediul unei aplicații care este prevăzută în contractul de vânzare, dar care trebuie descărcată de consumator pe un telefon inteligent; aplicația fiind așadar elementul digital interconectat.

Această condiție ar trebui, de asemenea, să se aplice și în cazul în care conținutul digital sau serviciul digital încorporat sau interconectat nu este furnizat de către vânzătorul însuși, ci este furnizat de către un terț în temeiul contractului de vânzare, doar că pentru a beneficia de conținutul digital sau de serviciile digitale în cauză, consumatorul trebuie să își manifeste consimțământul pentru încheierea cu un terț a unui acord de licență în acest sens.

Per a contrario, în cazul în care absența respectivului conținut digital sau serviciu digital încorporat sau interconectat nu afectează bunurile să își îndeplinească funcțiile ori în cazul în care consumatorul încheie un contract de furnizare a unui conținut digital sau a unui serviciu digital care nu face parte din contractul de vânzare a bunurilor cu elemente digitale, contractul respectiv este considerat distinct de contractul de vânzare a bunurilor, chiar dacă vânzătorul intermediază cel de al doilea contract cu furnizorul terț, fiind într-o astfel de situație sub incidența dispozițiilor Directivei (UE) 2019/770. De exemplu, consumatorul cumpără un telefon inteligent fără un sistem de operare specific și, ulterior, acesta încheie un contract pentru furnizarea unui sistem de operare cu un terț comerciant. Prin urmare, dispozițiile Directivei (UE) 2019/771 se aplică numai

¹⁷ Apa, gazul și energia electrică trebuie considerate „bunuri” în sensul prezentei directive atunci când sunt puse în vânzare în volum limitat sau în cantitate fixă. A se vedea în acest sens, art. 2 alin. (1) pct. (5) din Directiva (UE) 2019/771.

¹⁸ Text reiterat în cadrul art. 2 alin. (1) pct. (2) din O.U.G. nr. 140/2021.

¹⁹ Text reiterat în cadrul art. 2 alin. (1) pct. (6) din O.U.G. nr. 140/2021.

²⁰ Text reiterat în cadrul art. 2 alin. (1) punctul (16) din O.U.G. nr. 140/2021.

²¹ Text reiterat în cadrul art. 3 alin. (6) din O.U.G. nr. 140/2021.

contractului de vânzare privind telefonul, în timp ce furnizarea sistemului de operare achiziționat separat intră sub incidența Directivei (UE) 2019/770.

Suntem de părere că ar putea intra în domeniul de aplicare al acestei directive și acele contracte încheiate între un consumator și un vânzător, în cazul cărora bunurile urmează a fi fabricate sau produse inclusiv conform specificațiilor consumatorului.

Nu în ultim rând, ar putea reprezenta domeniu de aplicare al prezentei directive, contractele de vânzare de bunuri în care se inserează clauza privind obligația de instalare a bunurilor ce incumbă vânzătorului pe răspunderea sa (instalarea face parte, deci, din contractul de vânzare a bunurilor).

Putem menționa, astfel, fără să greșim că, în cazul în care un contract cuprinde elemente care țin atât de vânzarea de bunuri, cât și de prestarea de servicii, stabilirea faptului dacă întregul contract poate fi calificat drept contract de vânzare în sensul prezentei directive ar trebui să reprezinte „apanajul” statelor membre, cu ocazia transpunerii directivei.

III. Aspecte relevante privind conformitatea bunurilor. Consecințe legale ale neconformității. Dispoziții unionale și de transpunere

În conținutul Directivei (UE) 2019/771, regăsim reglementate în cadrul art. 6 și 7, condiții subiective și obiective de conformitate.

Considerăm că argumentele legiuitorului unional în susținerea ambelor teze se fundamentează pe nevoia unui echilibru între ceea ce așteaptă un consumator de la bunul achiziționat și ceea ce implică răspunderea vânzătorului în cazul neonorării livrării conform așteptărilor consumatorului. Drept urmare, urmărindu-se protejarea intereselor ambelor părți, conformitatea trebuie evaluată avându-se în vedere cerințele de conformitate atât subiective cât și obiective. Urmărind textele celor două articole facem mai jos o enumerare, fără a se dori a fi una exhaustivă:

(a) condiții subiective²² de conformitate:

(a.i) respectă descrierea, tipul, cantitatea și calitatea și dețin funcționalitatea, compatibilitatea, interoperabilitatea și alte caracteristici prevăzute în contractul de vânzare;

(a.ii) corespund scopului special pentru care consumatorul le solicită, pe care consumatorul l-a adus la cunoștința vânzătorului cel târziu în momentul încheierii contractului și pe care vânzătorul l-a acceptat;

(a.iii) sunt livrate împreună cu toate accesoriile și cu toate instrucțiunile, inclusiv de instalare, prevăzute în contract;

(a.iv) sunt furnizate cu actualizări conform dispozițiilor contractului de vânzare.

(b) condiții obiective²³ de conformitate:

(b.i.) bunurile corespund scopurilor pentru care s-au utilizat în mod normal bunuri de același tip de standarde tehnice sau, în absența unor astfel de standarde tehnice, de coduri de conduită aplicabile în domeniu și specifice sectorului comercial;

(b.ii) bunurile posedă calitatea și corespund descrierii unei mostre sau unui model pe care vânzătorul l-a pus la dispoziția consumatorului înainte de încheierea contractului;

(b.iii) bunurile sunt livrate împreună cu accesoriile, inclusiv ambalajul, instrucțiunile de instalare sau alte instrucțiuni pe care consumatorul se poate aștepta în mod rezonabil să le primească;

(b.iv) bunurile respectă cantitatea și dețin calitățile și alte caracteristici, inclusiv în materie de durabilitate, funcționalitate, compatibilitate și securitate, care sunt normale pentru bunurile de

²² Text reiterat în cadrul art. 5 din O.U.G. nr. 140/2021.

²³ Text reiterat în cadrul art. 6 din O.U.G. nr. 140/2021.

același tip și la care consumatorul se poate aștepta în mod rezonabil, având în vedere natura bunurilor și ținând seama de orice declarație publică²⁴ făcută de vânzător sau în numele acestuia sau de alte persoane situate în amonte în cadrul lanțului de tranzacții, inclusiv de către producător, mai ales în anunțuri publicitare sau pe etichetă.

În cazul bunurilor cu elemente digitale, având în vedere evoluția constantă a conținutului digital sau a serviciilor digitale încorporate în bunuri digitale sau interconectate cu acestea, vânzătorii pot conveni cu consumatorii inserând clauze în acest sens, în contract, să ofere actualizări pentru astfel de bunuri cu scopul de a îmbunătăți și consolida elementul de conținut digital sau de serviciu digital al bunurilor, pot extinde funcționalitățile acestora, le pot adapta la evoluțiile tehnice²⁵.

Legiuitorul român, reiterează textul directivei în sensul în care prevede la art. 6 alin. (3) că „În cazul bunurilor cu elemente digitale, vânzătorul se asigură că consumatorul este informat cu privire la actualizări și că îi sunt furnizate actualizări, inclusiv actualizări de securitate, care sunt necesare pentru a menține conformitatea acelor bunuri”. Astfel sunt aduse textului unional, adăugiri lămuritoare cu referire la perioada în raport de care vânzătorului îi incumbă obligația de furnizare de actualizări, respectiv a) perioada în care consumatorul se poate aștepta în mod rezonabil la aceasta, având în vedere tipul și scopul bunurilor și al elementelor digitale și ținând seama de circumstanțele și natura contractului, atunci când contractul de vânzare prevede un singur act de furnizare a conținutului digital sau a serviciului digital; b) pentru o perioadă de doi ani de la momentul livrării bunurilor cu elemente digitale pentru produse cu durată medie de utilizare de până la cinci ani, respectiv pentru o perioadă de cinci ani de la data respectivă pentru produse cu durată medie de utilizare de peste cinci ani, în situația în care contractul de vânzare prevede furnizarea continuă a conținutului digital sau a serviciului digital pe parcursul unei anumite perioade.

Suntem de părere că conformitatea bunurilor cu conținut digital sau cu servicii digitale care sunt încorporate în bunuri sau sunt interconectate cu acestea, trebuie să fie evaluată pentru a se stabili dacă elementul de conținut digital sau de serviciu digital al unor astfel de bunuri este actualizat în conformitate cu contractul de vânzare. Drept urmare, nefurnizarea actualizărilor care au fost convenite în contractul de vânzare între cele două părți contractante, va fi considerată drept o neconformitate a bunurilor. De asemenea, actualizările incorecte sau incomplete vor fi considerate drept o neconformitate a bunurilor, deoarece maniera incompletă ori incorectă de actualizare reprezintă o derogare de la înțelegerea stipulată în contract.

Avându-se în vedere creșterea gradului de securitate juridică atât pentru consumatori, cât și pentru vânzători, momentul relevant pentru evaluarea conformității bunurilor este momentul livrării acestora.

În situația bunurilor cu elemente digitale, acestea, sunt considerate a fi livrate consumatorului atunci când atât componenta fizică a bunurilor a fost livrată, cât și singura instanță de furnizare de conținut digital sau de servicii digitale a fost efectuată. Cu toate acestea, atunci când conținutul digital sau serviciul digital încorporat în bunuri sau interconectat cu acestea este furnizat în mod continuu pe parcursul unei anumite perioade determinate în contract sau determinabilă, momentul relevant pentru stabilirea conformității elementului de conținut digital sau de serviciu digital nu

²⁴ Vânzătorul nu este ținut să respecte declarațiile publice în cazul în care acesta demonstrează că: a) nu cunoștea și nu ar fi putut, în mod rezonabil, să cunoască declarația publică; b) până la momentul încheierii contractului, declarația publică a fost rectificată în același mod sau într-un mod similar celui în care a fost făcută; c) decizia de a achiziționa bunurile nu ar fi putut fi influențată de declarația publică. În același sens dispune și art. 6 alin. (2) din O.U.G. nr. 140/2021.

²⁵ Text reiterat în cadrul art. 3 alin. (6) din O.U.G. nr. 140/2021.

trebuie să fie o dată certă, ci o anumită perioadă, începând de la data livrării. Pentru această ultimă situație, legiuitorul unional recomandă ca din motive de securitate juridică, perioada respectivă ar trebui să fie egală cu perioada în care vânzătorul răspunde pentru neconformitate.

În cazul în care bunurile necesită instalarea de către vânzător, în unele cazuri, consumatorul nu este capabil să folosească bunurile sau să observe un defect înainte de finalizarea instalării. Prin urmare, în cazul în care urmează să fie instalate de vânzător sau pe răspunderea vânzătorului, în temeiul contractului de vânzare, bunurile ar trebui considerate a fi livrate consumatorului în momentul în care instalarea este completă.

Privitor la răspunderea vânzătorului față de consumator pentru orice neconformitate care există la momentul livrării bunurilor, facem următorul comentariu. Având în vedere că, la punerea în aplicare a Directivei (CE) 1999/44/CE²⁶, marea majoritate a statelor membre au prevăzut un termen de doi ani calculat de la momentul livrării bunurilor, în care cumpărătorul poate trage la răspundere vânzătorul pentru neconformitatea acestora, în practică, acest termen a fost considerat rezonabil de către participanții la raporturile juridice comerciale pe piața unională, astfel că termenul de doi²⁷ ani se menține în condițiile art. 10 din Directiva (UE) 2019/771 cu mențiunea că acest termen „se aplică, de asemenea, bunurilor cu elemente digitale”. În concret, în cadrul alin. (2) al art. 10 din Directiva (UE) 2019/771, legiuitorul unional distinge contractul de vânzare cu furnizare continuă de conținut digital sau de servicii digitale pentru o anumită perioadă, pentru care vânzătorul răspunde pentru orice neconformitate a conținutului digital sau a serviciului digital care intervine sau este constatată în termen de doi ani de la momentul livrării bunurilor cu elemente digitale. În cazul în care contractul prevede furnizarea continuă pentru o perioadă de peste doi ani, „vânzătorul răspunde pentru orice neconformitate a conținutului digital sau a serviciului digital care intervine sau este constatată pe parcursul perioadei în care conținutul digital sau serviciul digital trebuie să fie furnizat conform contractului de vânzare”. Articolul 9 din ordonanța de urgență denumit „Răspunderea vânzătorului” reglementează perioada pentru care un vânzător, în condițiile prezentei directive, este răspunzător pentru neconformitatea categoriile de bunuri ori „bunuri cu elemente digitale” reglementate la art. 2 din norma de transpunere. În concret „Vânzătorul răspunde față de consumator pentru orice neconformitate care există în momentul livrării bunurilor și care este constatată în termen de doi ani de la data respectivă. În cazul bunurilor cu elemente digitale pentru care contractul de vânzare prevede furnizarea continuă de conținut digital sau de servicii digitale pentru o anumită perioadă, vânzătorul răspunde, de asemenea, pentru orice neconformitate a conținutului digital sau a serviciului digital care intervine sau este constatată în termen de doi ani de la momentul livrării bunurilor cu elemente digitale pentru produse cu durată medie de utilizare de până la cinci ani, respectiv în termen de cinci ani de la data respectivă pentru produse cu durată medie de utilizare de peste cinci ani. În cazul în care contractul prevede furnizarea continuă pentru o perioadă de peste cinci ani, vânzătorul răspunde pentru orice neconformitate a conținutului digital sau a serviciului digital care intervine sau este constatată pe parcursul perioadei în care conținutul digital sau serviciul digital trebuie să fie furnizat conform contractului de vânzare”.

²⁶ Directiva 1999/44/CE a Parlamentului European și a Consiliului din 25 mai 1999 privind anumite aspecte ale vânzării de bunuri de consum și garanțiile conexe(JO L 171,1999, pp. 12-16), consolidată la 12.12.2011, abrogată prin Directiva (UE) 2019/771. A se vedea pentru mai multe comentarii, Giliker P., Charter, *Implementing Directive 2019/770/UE on Contracts for the supply of digital content and services- A common law perspective* in the Book- EU Private Law and the CISG, 1st Edition, Routledge, 2021.

²⁷ Suntem de părere că acest termen ar trebui să fie „discutabil” în cazul bunurilor de ocazie.

Privitor la „măsurile corective”²⁸ ce beneficiază consumatorului în cazul neconformității bunurilor, directiva unională „recomandă”:

(a) După o prealabilă informare a vânzătorului cu privire la neconformitate, acesta poate oferi consumatorului, conformitatea bunului, dar întotdeauna într-un termen rezonabil fie printr-o reparare a acestuia fie prin înlocuire a bunului. Vânzătorul poate refuza înlocuirea sau repararea unui bun ori de câte ori acestea ar genera costuri disproporționate pentru el²⁹. De exemplu poate fi considerată disproporționată, solicitarea de înlocuire a unor bunuri din cauza unei zgârieturi minore în cazul în care o astfel de zgârietura ar putea fi remediată cu ușurință în timp ce înlocuire ar genera costuri semnificative. Astfel cum reglementează art. 14 alin. (2) din directivă, repararea sau înlocuirea unui bun nu implică costuri suplimentare pentru consumator, mai mult remedierea prin aplicarea uneia dintre variantele mai sus enunțate trebuie să se facă într-un termen rezonabil din momentul în care vânzătorul a fost informat de către consumator cu privire la neconformitate. În vederea înlocuirii sau reparării, bunurile vor fi ridicate de vânzător pe cheltuiala sa după ce în prealabil consumatorul le-a pus la dispoziția acestuia.

(b) Reducerea proporțională a prețului. Această reducere se raportează la diminuarea valorii bunurilor primite de consumator în comparație cu valoarea pe care o au bunurile dacă ar fi în conformitate³⁰.

(c) Încetarea contractului³¹. Potrivit art. 16 alin. (1) din norma unională, astfel cum a fost transpus în cadrul art. 14 din ordonanța de urgență, în caz de neconformitate, consumatorul are opțiunea de a solicita vânzătorului încetarea contractului în temeiul declarației sale prin care își exprimă decizia în acest sens. În situația în care neconformitatea vizează doar o parte a bunurilor, consumatorul poate solicita încetarea contractului doar cu privire la aceste bunuri. În aceeași măsură, consumatorul poate solicita încetarea contractului și cu privire la bunurile pe care acesta le-a achiziționat împreună cu bunurile neconforme, în cazul în care consumatorului nu i se poate pretinde în mod rezonabil să accepte să păstreze numai bunurile conforme.

Putem concluziona, că un consumator are dreptul de a solicita și obține o reducere proporțională a prețului fie încetarea contractului, ori de câte ori: (1) vânzătorul nu a finalizat reparația sau înlocuirea întrucât nu a preluat bunurile deși acestea au fost puse la dispoziția sa de către consumator sau în condițiile în care reparația implică demontarea bunurilor iar vânzătorul nu procedează în consecință³²; (2) vânzătorul a refuzat să aducă în conformitate bunurile deoarece reparația sau înlocuirea sunt imposibil de realizat ori ar impune costuri disproporționate³³; (3) neconformitatea este de o asemenea gravitate încât justifică o reducere de preț sau dreptul la încetarea imediată a contractului de vânzare; (4) vânzătorul a declarat că nu va aduce bunurile în conformitate într-un termen rezonabil sau fără inconveniente semnificative pentru consumator, ori acest lucru reiese clar din circumstanțele cazului. După cum prevede alin. (6) al art. 13 din dispoziția unională, pentru oricare dintre situațiile care poate genera o măsură corectivă, consumatorul are dreptul de a suspenda plata unei părți restante din prețul bunurilor sau a unei părți a acesteia până în momentul în care vânzătorul își va fi îndeplinit obligațiile generate de clauzele contractuale stipulate pentru astfel de situații.

²⁸ Dispoziții privind măsurile corective sunt statuate în art. 11-14 din O.U.G. nr. 140/2021.

²⁹ A se vedea în acest sens, art. 13 alin. (3) din Directiva (UE) 2019/771.

³⁰ A se vedea în acest sens și articolul 13 alineatul(4) coroborat cu articolul 15 din Directiva (UE) 2019/771. În același sens reglementează și art. 13 din O.U.G. nr. 140/2021.

³¹ A se vedea în acest sens, art. 16 din Directiva (UE) 2019/771.

³² A se vedea în acest sens, art. 13 alin. (4) coroborat cu art. 14 alin. (2) și (3) din Directiva (UE) 2019/771.

³³ Pentru amănunte suplimentare, a se vedea art. 13 alin. (4) coroborat cu alin. (3) din Directiva (UE) 2019/771.

Concluzii

Suntem de părere că prin întreaga legislație unională, trecută, prezentă dar mai ales viitoare, legiuitorul unional a avut și are în vedere cu o remarcabilă constanță, proiectându-și pentru viitor deziderate cu rol de promovare și protecție a intereselor consumatorilor, inclusiv în mediul digital, sprijinirea și educarea consumatorilor cu privire la drepturile de care aceștia beneficiază în temeiul dreptului Uniunii Europene.

Cu referire la Directiva (UE) 2019/771, prin dispozițiile inserate în conținutul său, aceasta se înscrie în dezideratul avut în vedere în cadrul politicii unionale de protecție a consumatorilor, în sensul în care se urmărește ca prin o armonizare legislativă să se realizeze implicit o protecție uniformă la nivel unional, astfel în cadrul art. 4 se dispune că „... statele membre nu introduc în dreptul lor intern dispoziții diferite de cele stabilite în prezenta directivă, inclusiv dispoziții mai stricte sau mai permissive care să asigure un nivel diferit de protecție a consumatorilor”.

De asemenea, preocupările legiuitorului unional au în vedere măsuri adecvate cu privire la garantarea faptului că toți consumatorii au acces la căi de atac eficiente și la informații adecvate privind piețele și drepturile consumatorilor, precum și promovarea consumului durabil, în special prin creșterea gradului de conștientizare cu privire la impactul bunurilor și serviciilor asupra mediului.

Nu în ultimul rând, se are în vedere sprijinirea autorităților competente însărcinate cu asigurarea respectării legislației și a organizațiilor care reprezintă consumatorii, precum și a acțiunilor de consolidare a cooperării dintre autoritățile competente, cu un accent deosebit pe problemele ridicate de tehnologiile existente și emergente.

Secțiunea – Științe penale, criminologie

[The Section – Criminal Sciences, Criminology]

Adaptarea dreptului penal la evoluția digitală – Fenomenul Cyberbullying

[Adaptation of Criminal Law to Digital Evolution – Cyberbullying Phenomenon]

CS III, dr. Versavia BRUTARU*

Abstract: *Adults are increasingly using technology (computer, tablet, smartphone) as a vehicle for establishing personal relationships (as evidenced by the proliferation of online dating sites), but also for more practical purposes, such as getting directions, watching news or entertainment, or performing tasks at work, and the general trend is growing. In relation to the current context we find that the influence of technology will be even. Cyberbullying has a variety of attributes that can accentuate the impact of bullying behavior: for example, the potential to include a wider audience; anonymity; the more sustainable nature of the written word; and the ability to reach the target at any time and in any place, including previously considered safe environments, such as the harassed person's home.*

Keywords: *Bullying; Cyberbullying; Harassment; Technology; Aggression*

Într-o societate democratică în care fiecărui cetățean îi este garantată respectarea drepturilor și libertăților fundamentale, este important să remarcăm că unul dintre aceste drepturi pe care absolut orice persoană este liberă să-l manifeste este dreptul la libera exprimare a opiniei, care este invocat ori de câte ori sunt expuse puncte de vedere antagonice, ori de câte ori cineva încearcă să impună un punct de vedere sau să nege dreptul la existență a unei alte opinii, ori de câte ori aceea idee exprimată lezează demnitatea altuia, dar nu fiecare conștientizează că acest drept trebuie raportat și la ceilalți care la fel, au dreptul să-și exprime liber opinia într-o polemică, și aceste opinii trebuie respectate și acceptate, chiar dacă nu corespund cu cea a emițătorului inițial¹. Se pune problema de a ști ce se întâmplă când în urma expunerii unei opinii, anumiți indivizi încep a insulta sau a scrie mesaje private care au un conținut agresiv, ofensator, violent sau amenințator, și cum se identifică astfel de acțiuni. Mai mult, ce facem atunci când persoana din spatele monitorului se ascunde sub anonimat care nu ne permite să aflăm absolut nici un fel de informație veridică despre acesta, ceea ce ne face vulnerabili și neprotejați?

Acest comportament în mediul on-line se numește cyberbullying (hărțuire cibernetică), ce reprezintă, în sine, un sistem acțiuni care utilizează tehnologiile informației și comunicației pentru a susține un comportament deliberat, repetat și ostil al unui individ sau grup de indivizi, care este destinat să dăuneze unei persoane anumite sau unui grup de persoane².

Istoricul Howard Segal³ sugerează că toate evoluțiile tehnologice sunt „binecuvântări amestecate”, prezentând societății atât beneficii extraordinare, cât și neașteptate poveri⁴. Similar cu formele tradiționale de agresiune, agresiunea cibernetică este adesea deliberată și neobosită,

* Cercetător științific III, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”; bversavia@gmail.com.

¹ Vlada Usatîi, Cristina Lazariuc, *Cyberbullying: dominanții anonimi*, Technical-Scientific Conference of Undergraduate, Chisinau, 23-25 March 2021, Vol. II, p. 647.

² *Idem*, p. 648.

³ Nagle, M. (2008), *Casualties of bullying*, UMaine Today, Vol. 8 No. 1, pp. 2-9.

⁴ Dianne L. Hoff and Sidney N. Mitchell, *Cyberbullying: causes, effects, and remedies*, Journal of Educational Administration Vol. 47 No. 5, 2009 pp. 652-665.

dar poate fi și mai deranjantă din cauza naturii anonime a atacului. Potențialii agresori cibernetici își pot ascunde identitatea folosind nume de ecran (screen name) și adrese de protocol de internet bine ascunse, făcând victima să se simtă vulnerabilă și neliniștită.

Deși există foarte multe studii referitoare la cyberbullying, elaborate din diferite perspective (din perspectiva agresorului, a victimei, a unui grup țintă – minori, spre exemplu) niciunul nu explică noțiunea de agresiune cibernetică (cyberbullying). În anul 2009⁵ a fost lansată o teorie care are următoarea premisă: pentru a avea loc un comportament deviant trebuie să existe o convergență în timp și spațiu a trei elemente minime: un agresor probabil, o țintă adecvată și absența unui apărător capabil⁶. Cyberbullying-ul (agresiunea cibernetică) este semnificativ legată de delincvență și interiorizarea unor forme de devianță.

Pentru a înțelege ce reprezintă cyberbullying-ul, în esență, este necesar mai întâi a explica ce reprezintă bullying-ul, astfel va fi mai ușor de determinat care este rădăcina problemei, cyberbullying-ul nefiind altceva decât o formă a bullying-ului, desigur, cu trăsături specifice. Fenomenul de „bullying” reprezintă orice lezare fizică, verbală și socială, având efecte devastatoare atât asupra psihicului unui copil sau adolescent, cât și asupra unei persoane adulte. Acesta îmbracă forma agresiunilor directe sau indirecte, excluseri, farse cu caracter denigrator, umilitor sau intimidant. Pentru ca un abuz fizic sau emoțional să fie considerat ca aparținând fenomenului de bullying, acesta trebuie să prezinte câteva caracteristici, și anume: să fie intenționat, să fie consecvent sau altfel spus să aibă caracter repetitiv și să existe o inegalitate clară între forțe, agresorul considerându-se superior victimei, adică având capacitatea de a o domina. Bullying-ul este prezent practic în toate sferele sociale⁷. O caracterizare a agresiunii „tradiționale” (de tip bullying) o găsim și la Olweus⁸: „*agresiunea tradițională este definită ca fiind un act agresiv care provoacă rău sau suferință, care se repetă de obicei în timp și care apare în rândul indivizilor a cărei relație se caracterizează printr-un dezechilibru de putere*”. Deseori termenul de bullying (engl. to bully – a teroriza), se confundă cu termenul de mobbing (engl. mob – „multime dezorganizată, angajată în violență fără reguli”) care se referă tot la hărțuirea psihologică.

În acest context, al violenței/agresiunii tradiționale, se ridică problema dacă criteriile menționate mai sus, în definirea acestui tip de comportament, pot fi folosite și în definirea cyberbullying-ului. Plecând de la această definiție a agresiunii „tradiționale”, Peter Smith⁹ și colegii săi au definit agresiunea cibernetică ca fiind „un act agresiv, intenționat, efectuat de un grup sau de o persoană, utilizând forme electronice de contact, în mod repetat și în timp împotriva unei victime care nu se poate apăra cu ușurință pe ea însăși”.

⁵ Mesch, G.S. (2009), *Parental Mediation, Online Activiteis, and Cyberbullying*, CyberPsychology & Behavior 12 (4): 387-393.

⁶ Felson, M., and Clarke R.V. (1998), *Opportunity Makes the Thief: Practical theory for crime prevention*, Police Research Series Paper 98, London: Home Office.

⁷ *Idem*, p. 648.

⁸ Dan Olweus, *School bullying: Development and some important challenges. Annual Review of Clinical Psychology*, 2013, nr. 9, p. 1-14. doi:10.1146/annurev-clinpsy-050212-185516; Olweus explică modul în care a apărut acest fenomen: Un puternic interes social pentru fenomenul a ceea ce s-a numit ulterior Bullying-ul a început mai întâi în Suedia la sfârșitul anilor 1960 și la începutul anilor 1970, sub denumirea de „mobbing”. După două publicări a cercetării sale pe această temă, una în 1973 în Suedia apoi în SUA în anul 1978 (cu denumirea: *Aggression in the Schools: Bullies and Whipping Boys*) autorul a decis schimbarea denumirii de „mobbing” cu cea de „bullying”, în anul 2013.

⁹ Smith, P. K., *The nature of cyberbullying and what we can do about it*, Journal of Research in Special Education Needs, 2015, nr. 15, p. 176-184. doi: 10.1111/1471-3802.12114.

Dan Olweus¹⁰ face și el o caracterizare a cyberbullying-ului ca fiind acea „*hărțuire cu forme electronice de contact sau comunicare, cum ar fi telefoanele mobile / celulare și Internet-ul*”. O altă definiție este dată de profesorul canadian Bill Belsey, potrivit căruia cyberbullying-ul este „*utilizarea tehnologiilor informaționale și de comunicare precum e-mailul, telefonul mobil și mesaje text pager, mesagerie instantanee (Instant Message), site-uri web personale defăimătoare și site-uri web de sondaje personale online defăimătoare, pentru a sprijini deliberat, repetat un comportament ostil al unui individ sau grup, care este destinat să dăuneze altora*”¹¹. Alți termeni folosiți sunt: intimidarea/hărțuirea electronică, e-intimidarea/hărțuirea sau intimidare/hărțuire tehnologică (bullying tehnologic). Se pare că există două medii principale care sunt implicate în agresiunea cibernetică, telefonul mobil/celular și computerul. În timp ce Internetul a fost descris ca fiind transformarea societății prin furnizarea de comunicare persoană-persoană, telefonul mobil a transformat grupul de prieteni/colegi într-un grup conectat la rețea. Conceptualizarea hărțuirii cibernetice este agravată de faptul că hărțuirea cibernetică poate avea multe forme diferite și poate apărea în multe locuri diferite. Drept exemple de forme de manifestare a hărțuirii cibernetice pot servi formele de comunicare care urmăresc să intimideze, să controleze, să manipuleze, să discrediteze sau să umilească destinatarul. În ceea ce privește dominația anonimilor, aceștia sunt persoanele care se consideră îndreptățite să realizeze acțiunile enumerate mai sus, protejându-și în același timp propria persoană de un efect asemănător¹².

Practica hărțuirii cibernetice nu se limitează la copii și adolescenți, comportamentul este identificat prin aceeași definiție, atunci când este practicat de adulți, distincția în grupele de vârstă se referă uneori la abuz ca cyberstalking sau cyberharment atunci când este comis de adulți față de adulți. Tacticile obișnuite folosite de cyberstalker sunt efectuate în forumuri publice, rețele sociale sau site-uri de informații online și sunt menite să amenințe câștigurile, angajarea, reputația sau siguranța victimei. Mulți cyberstalkers încearcă să distrugă reputația victimei lor și să întoarcă alte persoane împotriva acesteia.

Criteriul dezechilibrului de putere poate fi evaluat „în termeni de diferențe în cunoștințele tehnologice dintre făptuitor și victimă, anonim relativ, statut social, număr de prieteni sau poziția grupului marginalizat”¹³. Criteriul repetării ar trebui să fie înțeles într-un mod oarecum diferit, cu accent pe cât de mulți indivizi pot fi contactați cu un mesaj negativ, mai degrabă decât pe comportamentul cibernetic al făptuitorului, care constă adesea într-un singur act.

Hărțuirea cibernetică diferă de hărțuirea tradițională într-o varietate de moduri¹⁴: a) depinde de un anumit grad de expertiză tehnologică; b) este în primul rând un mod indirect mai degrabă de a hărțui victima, decât față în față și, prin urmare, făptuitorul poate fi anonim; c) în mod similar, făptuitorul nu vede de obicei reacția victimei, cel puțin pe termen scurt; d) varietatea rolurilor de spectatori în hărțuirea cibernetică este mai complexă decât în majoritatea hărțuirilor tradiționale (spectatorul poate fi cu făptuitorul atunci când este trimis sau postat un act; cu victima; sau cu niciunul, când se vizitează doar anumite pagini de internet cu un anumit mesaj, vizibil multor persoane); e) se consideră că un motiv al agresiunii tradiționale este statutul câștigat prin arătarea

¹⁰ Olweus, D., *Cyberbullying: A critical overview*. In B. J. Bushman (Ed.), *Aggression and Violence: A Social Psychological Perspective*, 2017, pp. 225- 240, New York: Routledge.

¹¹ Bill Belsey, *Always on? Always Aware! Cyberbullying* at 17 January 2007, para 8; <https://cyberbullying.ca/>

¹² Vlada Usatâi, Cristina Lazariuc, *op. cit.*, p. 649.

¹³ Smith, P. K., del Barrio, C., & Tokunaga, R., *Definitions of bullying and cyberbullying: How useful are the terms?* In S. Bauman, J. Walker, & D. Cross (Eds.), *Principles of cyberbullying research: Definition, measures, and methods*, 2013, pp. 26–40, Philadelphia, PA: Routledge.

¹⁴ Smith, P. K. (2012), *Cyberbullying and cyber aggression*, In S. R. Jimerson, A. B. Nickerson, M. J. Mayer, & M. J. Furlong (Eds.), *Handbook of school violence and school safety: International research and practice* (pp. 93–103). New York, NY: Routledge.

puterii (abuzive și fizice) asupra altora, în fața martorilor, însă agresorului cibernetic îi va lipsi adesea acest lucru; f) amploarea publicului potențial este crescută, deoarece hărțuirea cibernetică poate ajunge la un public deosebit de mare într-un grup egal (peers), comparativ cu grupurile mici care sunt publicul obișnuit în agresiunea tradițională; g) este dificil să scapi de hărțuirea cibernetică (nu există „nici un refugiu sigur”), deoarece victimei i se pot trimite mesaje pe mobil sau computer sau poate accesa comentarii urâte ale site-ului, oriunde s-ar afla.

Hărțuirea cibernetică directă se referă la acte agresive limitate doar la făptuitor și victimă. Pe de altă parte, hărțuirea cibernetică indirectă are loc pe mai multe platforme media și are potențialul de a implica un public mult mai mare decât doar victima și făptuitorul. Tot în acest context, cercetători ca Giumetti, McKibben, Hatfield, Schroeder, și Kowalski¹⁵ au definit cyber agresiunea și „cyber incivility” ca fiind „comportamente nepoliticoase/grosolane care apar prin intermediul tehnologiei informației și comunicațiilor, cum ar fi e-mailul sau mesajele text”. S-a propus și o definiție a rețelelor sociale (SNSs) ca „servicii bazate pe Internet care permit indivizilor să (1) își construiască un profil public sau semi-public într-un sistem de sine stătător, (2) să își facă o listă de alți utilizatori cu care au o anumită relație și (3) să vadă și să parcurgă lista lor de contacte și a altora în interiorul sistemului”¹⁶. Unele dintre trăsăturile SNS pot facilita comportamentul agresiv online, cum ar fi profilul public al indivizilor (ca „regulă” a acestor site-uri, deși în momentul creării profilului sau ulterior utilizatorul și-l poate restricționa), vizibilitatea rețelei de prieteni a fiecăruia (chiar dacă profilul e restricționat, ca în cazul Facebook), posibilitatea de a posta comentarii la profil sau la poze sau, mai recent, aplicațiile de chat/mesagerie instant integrate profilului individual (Facebook, probabil în viitor urmat de alte rețele, spre exemplu Instagram)¹⁷.

Controlabilitatea mediului online a fost folosită drept explicație pentru victimizarea în relațiile/interacțiunile online. Adolescenții care comunică mai mult pe Internet percep într-o mai mare măsură acest tip de comunicare ca fiind mai controlabilă, caracterizată de o mai mare reciprocitate, mai extinsă și mai profundă decât comunicarea față în față¹⁸. Prin urmare, asocierea dintre competențele sociale și cyberbullying poate furniza anumite explicații pentru fenomenul agresivității online prin identificarea patternurilor (tipare) de vulnerabilitate socială. Formele indirecte de intimidare/hărțuire cibernetică pot avea loc și fără implicarea directă a victimei.

Aceste forme de intimidare cibernetică sunt identificate ca fiind „behind my back bullying”¹⁹. Răspândirea în mediul online de bârfe și zvonuri despre o persoană sau postări publice de comunicări potențial jenant sau imagini ale victimelor în spațiul cibernetic sunt exemple de forme de intimidare cibernetică indirectă.

¹⁵Giumetti, G. W., McKibben, E. S., Hatfield, A. L., Schroeder, A. N., & Kowalski, R. M., *Cyber incivility @ work: The new age of interpersonal deviance. Cyberpsychology, Behavior, and Social Networking*, 2012, nr. 15, pp. 148-154. doi:10.1089/cyber.2011.0336.

¹⁶Ellison, N. B. (2007), *Social network sites: Definition, history, and scholarship*, Journal of Computer-Mediated Communication, 13(1), article 11. Available from <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html>

¹⁷Monica Barbovschi, *A fi social și nesocial online. Explorarea comportamentului agresiv online al copiilor și adolescenților (cyber-bullying)*, Acest articol este rezultatul proiectului de cercetare Riscuri și efecte ale utilizării Internetului în rândul copiilor și adolescenților. Perspectiva evoluției spre societatea cunoașterii (knowledge society) finanțat de Ministerul Educației, grant CNCIS tip A (nr. 1494/2007); echipa de cercetare coordonată de Prof. Dr. Maria Roth, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, p. 5.

¹⁸Peter, J., Valkenburg, P.M. (2006), *Research Note: Individual Differences in Perceptions of Internet Communication*, European Journal of Communication 21(2). London: Sage Publications; Monica Barbovschi, *op. cit.*, p. 5.

¹⁹Walrave, M., Demoulin, M., Heirman, W. and A. van der Perre, (2009) *Cyberpesten: Pesten in Bits & Bytes* [Cyberbullying: bullying in bits and bytes], Observatorium van de Rechten op het Internet, p. 27.

Deși hărțuirea cibernetică și cyber incivility (incivilitatea cibernetică) sunt corelate între ele și ambele sunt asociate cu rezultate negative, aceste fenomene sunt conceptual distincte una de alta, în special în ceea ce privește dezechilibrul de putere și intenția de a face rău, care este considerat a fi mult mai ambiguă în cazul cyber incivility decât în cazul agresiunii cibernetică²⁰. Agresiunea cibernetică se referă la acțiunile dăunătoare intenționate care sunt comise cu ajutorul sau prin tehnologie dar care nu includ un dezechilibru de putere sau repetare²¹. Unii cercetători²² au susținut că dificultățile în conceptualizarea și măsurarea adecvată a dezechilibrului de putere și/sau repetarea în cazul hărțuirii cibernetică trebuie să se concentreze mai degrabă asupra agresiunii cibernetică decât asupra cyberbullying. Din cauza importanței dezechilibrului de putere dintre victimă și făptuitor păstrăm utilizarea termenului de cyberbullying (sau intimidare/hărțuire cibernetică). Așa cum a remarcat Olweus²³ „argumentele conceptuale și constatările empirice raportate susțin în mod clar utilitatea unei distincții pe linia cercetării **perpetuării agresiunii/victimizare pe de o parte, și o linie generală de cercetare, a agresiunii/victimizării, în general, pe de altă parte**”. Cyberbullying-ul (hărțuirea cibernetică) are în comun cu hărțuirea tradițională trei caracteristici principale: este un act de agresiune; apare la indivizi între care există un dezechilibru de putere; iar comportamentul se repetă adesea. O caracteristică specifică este aceea că agresiunea sau hărțuirea are loc prin intermediul unui sistem informatic sau de comunicare la distanță (telefon mobil, tabletă). Faptul că o persoană este mai pricepută din punct de vedere tehnologic decât alta poate crea un dezechilibru de putere. Mai mult, anonimatul inerent în multe situații de cyberbullying poate crea un sentiment de neputință din partea victimei.

În ciuda similitudinilor dintre agresiunea cibernetică (cyberbullying) și cea tradițională, este important să observăm trăsăturile distinctive în cadrul celor două comportamente: *Anonimatul* este una dintre modalitățile cheie prin care hărțuirea cibernetică și hărțuirea tradițională diferă între ele. Internetul și comunicarea la distanță facilitează posibilitatea de a fi anonim. Agresorii, aflați la adăpostul anonimatului, se simt mai liberi să agreseze, sub diverse forme, victimele. La urma urmei, riscurile de a fi prinși și pedepsiți pentru intimidarea cibernetică a unei alte persoane, de exemplu prin utilizarea unei identități fictive, par să fie scăzute. Mai mult, riscul de a fi atacat fizic de către victimă nu există pentru agresorii care își păstrează identitatea secretă. În plus, caracteristicile spațiului cibernetic determină ceea ce Walrave și colab. au denumit „the cockpit effect”²⁴. Datorită „absenței unor indicii relaționale, precum și a apropierei fizice de o altă persoană” în spațiul cibernetic, infractorii au impresia că acțiunile lor au un impact redus asupra victimelor. Din această cauză, agresorii par nemiloși și par să aibă o lipsă de empatie față de victimele lor²⁵. Mai mult, spațiul cibernetic oferă un public infinit pentru agresori. De exemplu, odată ce un agresor încarcă în spațiul virtual (internet) un site web pentru a-și bate joc de o victimă, oricine are o conexiune la internet îl poate vedea. Prin urmare, spațiul cibernetic oferă o oportunitate relativ ușoară pentru infractori de a-și răni intenționat victimele. Nu în ultimul rând, spațiul cibernetic (cyberspace) permite ca agresiunea să aibă loc indiferent de timp și spațiu. Deși oamenii nu sunt niciodată la fel de anonimi online așa cum se cred în viața offline, dificultățile în

²⁰ *Idem.*

²¹ Bauman, S., Baldasare, A., *Cyber aggression among college students: Demographic differences, predictors of distress, and the role of the university*, Journal of College Student Development, 2015, nr. 56, pp. 317-330.

²² Grigg, D. W., *Cyber-aggression: Definition and concept of cyberbullying*, Australian Journal of Guidance Counselling, 2010, nr. 20, pp. 143-156.

²³ Olweus, D., *School bullying: Development and some important challenges*, Annual Review of Clinical Psychology, 2013, nr. 9, p. 1-14. doi:10.1146/annurev-clinpsy-050212-185516.

²⁴ Walrave, M., Demoulin, M., Heirman, W. and A. van der Perre, *op. cit.*, p. 17.

²⁵ *Idem.*

identificarea unui făptuitor online poate face victimele să se simtă neputincioase, în raport cu făptuitorul (sau agresorul lor). Acest anonimat lărgeste în mod semnificativ grupul de potențiali autori ai hărțuirii cibernetice, în comparație cu hărțuirea tradițională. De exemplu, agresorii nu sunt nevoiți să se îngrijoreze dacă statura lor fizică este mai mică decât cea victimei. Anonimatul are și un alt efect advers. În cazul agresiunii față în față (tradiționale), agresorii pot observa impactul comportamentului lor asupra victimei. Pentru unii agresori, recunoașterea faptului că și-au rănit victima este suficient pentru a descuraja comportamentul de agresiune, pe viitor. Odată cu apariția cyberbullying-ului, nu există o modalitate directă pentru ca făptuitorul să știe și să perceapă efectul comportamentului său asupra victimei. Astfel, șansele de empatie și remușcări sunt semnificativ reduse.

În plus, în timp ce cele mai multe agresiuni tradiționale apar la școală, în timpul zilei școlare, ori la serviciu, în timpul orelor de program, hărțuirea cibernetică, prin natura sa, poate apărea în orice moment al zilei sau al nopții²⁶. De exemplu, mii de oameni pot vedea postări jignitoare online, în timp ce doar câțiva pot vedea un incident de intimidare la școală. Și consecințele punitive legate de hărțuirea tradițională și hărțuirea cibernetică diferă, de asemenea. Persoanele care hărțuiesc cibernetic nu pot vedea efectele imediate ale agresiunii lor asupra victimei. Orice răspuns care poate fi oferit de victimă poate fi întârziat în funcție de momentul în care victima devine conștientă de hărțuirea cibernetică (de exemplu, verifică mesajul text, vizualizează site-ul web). Această problemă de sincronizare sugerează că poate există motive diferite în spatele celor două tipuri de comportament de agresiune. Adică, motivele pentru săvârșirea hărțuirii cibernetice pot fi mai intrapersonale, în timp ce cele pentru hărțuirea tradițională pot fi mai interpersonale²⁷. Există însă o situație în care agresorii pot vedea reacția victimei în momentul în care aceasta citește mesajele denigratoare sau vede pozele cu ea. Ne referim la hacking, atunci când un agresor, cu o foarte bună pregătire tehnică, sparge parolele de pe calculatorul victimei, în acest mod căpătând acces la camera web a calculatorului (desktop) sau laptop. Astfel, agresorul de tip stalker vede în timp real reacțiile victimei.

Dar, cum devine o persoană agresor cibernetic? La baza acestui tip de comportament stau factori de ordin intern dar și factori exteriori. Acești factori afectează starea internă actuală a individului, activând poate gânduri ostile, afectare negativă și excitare sporită. Starea internă actuală este, de asemenea, legată de procesele de evaluare și decizie. În esență, teoria alegerii raționale²⁸ afirmă că comportamentul deviant este rezultatul unei evaluări a costurilor și beneficiilor în care beneficiile sunt mai mari decât costurile. Oamenii iau decizii raționale în jurul problemelor de risc, efort și recompensă. În cazul hărțuirii cibernetice, riscurile par a fi reduse: infractorii pot opera anonim, există o absență a indicilor relaționali și a proximității fizice și pare a exista o lipsă de supraveghere în spațiul cibernetic. Prin urmare, deoarece majoritatea tinerilor au acces la internet, efortul necesar pentru a intimida pe cineva este mic. De exemplu, individul poate aprecia o situație în care un răspuns agresiv este adecvat și decide să se angajeze într-o acțiune impulsivă, trimițând rapid un mesaj text urât către o altă persoană. La fel, dacă individul apreciază că situația nu cere o acțiune imediată, impulsivă, el sau ea poate decide că o acțiune mai

²⁶ Bradshaw, C.P., Sawyer, A.L., & O'Brennan, L.M., *Bullying and peer victimization at school: Perceptual differences between students and school staff*, School Psychology Review, 2007, nr. 36(3), p. 361-382.

²⁷ Robin M. Kowalski, Gary W. Giumetti, Amber N. Schroeder, Micah R. Lattanner, *Bullying in the Digital Age: A Critical Review and Meta-Analysis of Cyberbullying Research Among Youth*, Psychological Bulletin, 2014, Vol. 140, No. 4, p. 1073-1137.

²⁸ Clarke, R.V. and Felson, M. (2008), *Routine Activity and Rational Choice: Advances in Criminological Theory* (Volume 5), New Jersey: Transaction Publishers.

atență ulterioară este adecvată și poate decide astfel să creeze o pagină web spre exemplu, cu impact direct negativ asupra altei persoane (persoana respectivă să fie ridiculizată în diverse moduri). Acest comportament de cyberbullying poate alimenta o personalitate și așa agresivă a făptuitorului, care, sub umbrela anonimatului, poate determina sau provoca și alte persoane să aibă acel tip de comportament fie cu privire la aceeași victimă fie cu privire la alte victime. Agresorii adolescenți, atunci când se maturizează nu sunt atât de dezvoltati social și emoțional în comparație cu colegii lor. Sunt obișnuiți să-i degradeze pe alții pentru propria lor satisfacție și au nevoie de ajutor de la profesioniști pentru a-și schimba interacțiunile negative în altele mai pozitive²⁹. Cyberspațiul oferă, de asemenea, agresorului un „public infinit”. Astfel, fără mari eforturi sau riscuri, agresorul cibernetic este capabil să-și rănească în mod intenționat și în mod repetat victima, confirmând dezechilibrul de putere. Așadar, agresiunea cibernetică este o alegere rațională. La fel stau lucrurile și în ceea ce privește victima acestui tip de comportament. La baza statutului de victimă pot sta mulți factori care pot predispuce o persoană să devină victima acestui tip de agresiune.

În cadrul cercetărilor empirice³⁰, s-a constatat că ratele de prevalență ale hărțuirii cibernetice sunt foarte *variabile*, în mare parte, datorate modului în care este definită hărțuirea cibernetică, parametrul de timp utilizat pentru a determina când hărțuirea cibernetică a avut loc (de exemplu, ultimele două luni; șase luni; ani), criteriul conservator versus liberal folosit pentru a determina dacă a avut loc hărțuirea cibernetică (de exemplu, cel puțin o dată; de două până la trei ori pe lună sau mai mult), precum și caracteristicile demografice ale eșantionului investigat (de ex. vârstă, sex, rasă). S-a mai observat un lucru de către cercetătorii care au efectuat pe teren aceste studii: statutul de victimă a cyberbullying-ului s-a menținut la foarte multe persoane, începând cu școala primară, liceu și facultate³¹.

Cu ce este diferită și/sau poate mai periculoasă hărțuirea de tip cyberbullying? Un răspuns ar fi că temerile, consecințele negative sunt resimțite de victimă pe un termen mai lung și chiar și atunci după ce făptuitorul a fost prins, victima unei asemenea agresiuni/hărțuiri adâncindu-se și mai mult în depresie, cu un respect de sine aflat în scădere. Cercetările confirmă că atât victimele agresorilor, cât și agresorii sunt afectați emoțional de actul de intimidare cibernetică³². Într-o fișă informativă a Oficiului Justiției pentru Minori și Prevenirea Delincvenței, singurătatea, umilința și nesiguranța au fost raportate ca manifestări ulterioare ale răspunsurilor emoționale inițiale la procesul de agresiune. Aceste sentimente au potențialul de a-i determina pe elevi să se teamă să meargă la școală. Această instabilitate constantă face dificilă pentru victimele agresorilor să se adapteze social și emoțional, să se concentreze asupra studiilor lor și să se dezvolte într-un mod

²⁹ Berger, K. (2007), *Update on school bullying at school: Science forgotten?* Development Review, nr. 27, pp. 90-126.

³⁰ Brochado, S., Soares, S., & Fraga, S., *A scoping review on studies of cyberbullying prevalence among adolescents*, Trauma, Violence & Abuse, 2016, nr. 18, p. 523-531.

³¹ Beran, T. N., Rinaldi, C., Bickham, D. S., & Rich, M., *Evidence for the need to support adolescents dealing with harassment and cyber-harassment: Prevalence, progression, and impact*, School Psychology International, 2012, nr. 33(5), p. 562-576. <http://dx.doi.org/10.1177/0143034312446976>; Selkie, E. M., Kota, R., & Moreno, M., *Cyberbullying behaviors among female college students: Witnessing, perpetration, and victimization*, College Student Journal, 2016, nr. 50, p. 278-287.

³² Ericson, N., U.S. Department of Justice, Office of Juvenile Justice and Delinquency Program. (2001). *Addressing the problem of juvenile bullying (FS-200127)* <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojjdp/fs200127.pdf>, p. 1-2.

mental sănătos. Aceste răspunsuri pot duce la implicații clinice mai grave, cum ar fi depresia, care poate continua să se dezvolte în probleme și mai grave.

Un adevăr care devine din ce în ce mai ubicuu³³ este faptul că tinerii dobândesc un anumit tip de putere (empowerment) prin noile tehnologii și noile abilități tehnologico-sociale asociate, iar relația acestora cu comportamentul agresiv necesită investigații amănunțite. Anastasia Goodstein³⁴ explică de ce unii copii devin agresori: au probleme de control al furiei (anger management), provin din medii violente (acasă sau vecinătate), au părinți autoritari sau probleme acasă, sau pot să aibă abilități sociale scăzute sau stimă de sine scăzută. *Coping-ul* poate fi definit ca *eforturile cognitive și comportamentale utilizate pentru a reduce, stăpâni sau tolera cerințele interne și externe care sunt consecințele evenimentelor stresante*³⁵. Pentru a face față în mod eficient evenimentelor stresante, este nevoie de mai multe sarcini de dezvoltare discrete bazate pe emoții, cum ar fi recunoașterea pericolului și toleranței la frustrare. Autorii menționați (Lazarus și Folkman), arată că un eveniment nu este dăunător, amenințător sau provocator prin sine însuși; evaluarea aceluia eveniment este cea care oferă sensul. Indivizii evaluează cât de importantă este situația pentru bunăstarea lor. De exemplu, ei pot percepe și evalua un eveniment ca o provocare, ca dăunător sau ca o amenințare gravă. Acest proces de evaluare motivațională cognitivă se numește evaluare primară³⁶.

Forme de intimidare/hărțuire/agresiune în mediul on line. Adolescenții (și nu numai) folosesc aceste tehnologii pentru a-și intimida colegii, prietenii sau alte persoane, în moduri neintenționate de proiectanții acestor dispozitive. Metodele sunt multiple și includ trimiterea de mesaje text de hărțuire, trimiterea de e-mail-uri fie de intimidare fie către mai multe persoane, în cazul în care e-mailul-ul era confidențial etc. Desigur, pe lângă metodele „tradiționale” de cyberbullying (fotografierea de ex. a unei persoane și postarea pozei pe internet, pentru a stârni reacții negative sau a ridiculiza respectiva persoană) trebuie să menționăm o nouă formă de hărțuire sau agresiune în mediul on line, cea făcută pe rețelele de socializare, pe site-urile de dating sau în chat-room. Toate metodele de cyberbullying sunt în egală măsură nocive și pot avea consecințe dezastruoase asupra persoanei hărțuite (niveluri crescute de depresie, anxietate și simptome psihosomatice), putând duce inclusiv la suicid.

Au fost identificate următoarele moduri în care comportamentul de cyberbullying se poate manifesta³⁷: (a) *flaming* (agresiune verbală) – implică trimiterea de mesaje vulgare, furioase sau ofensatoare unei persoane sau unui grup online; b) *harassment* (hărțuire) – implică trimiterea repetată de mesaje ofensatoare unei persoane; (c) *denigration* (denigrare) – trimiterea sau postarea

³³ Monica Barbovschi, *A fi social și nesocial online. Explorarea comportamentului agresiv online al copiilor și adolescenților (cyber-bullying)*, Acest articol este rezultatul proiectului de cercetare Riscuri și efecte ale utilizării Internetului în rândul copiilor și adolescenților. Perspectiva evoluției spre societatea cunoașterii (knowledge society) finanțat de Ministerul Educației, grant CNCIS tip A (nr. 1494/2007); echipa de cercetare coordonată de Prof. Dr. Maria Roth, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, p. 5.

³⁴ Goodstein, A. (2007), *Totally Wired. What Teens and Twins Are Really Doing Online*, New York: St. Martin's Griffin.

³⁵ Lazarus, R. S., & Folkman, S. (1984), *Stress, Appraisal and Coping*, New York: Springer.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Willard, N. (2005), *Cyberbullying and Cyberthreats*, OSDFS National Conference. Available from <http://csriu.org/cyberbullying.pdf>; Monica Barbovschi, *A fi social și nesocial online. Explorarea comportamentului agresiv online al copiilor și adolescenților (cyber-bullying)*, Acest articol este rezultatul proiectului de cercetare Riscuri și efecte ale utilizării Internetului în rândul copiilor și adolescenților. Perspectiva evoluției spre societatea cunoașterii (knowledge society) finanțat de Ministerul Educației, grant CNCIS tip A (nr. 1494/2007); echipa de cercetare coordonată de Prof. Dr. Maria Roth, Universitatea Babeș-Bolyai, Cluj-Napoca, p. 2.

de afirmații răutăcioase, neadevărate sau dăunătoare despre o persoană; (d) *cyberstalking* (urmărire online) – comportament de hărțuire ce include amenințări sau este extrem de intimidant; (e) *masquerading* (mascaradă) – a pretinde că ești altcineva și a posta materiale care denigrează persoana respectivă sau o plasează într-o situație într-un potențial pericol; (f) *outing* și *trickery* (păcălire și dezvăluire) – implică folosirea unor trucuri pentru a solicita informații compromițătoare despre o persoană și publicarea respectivelor informații; (g) *exclusion* (excludere) – descrie acțiuni menite a exclude în mod intenționat o persoană dintr-un grup online (a cere colegilor să blocheze/excludă pe cineva din listele de Messenger); h) *sexting* (adică distribuirea de imagini nud ale altei persoane fără acordul acelei persoane); i) *trolling* (întărâtarea) – reprezintă insultarea violentă a unei persoane, în mediul online, atât de tare încât să provoace victima să răspundă. De obicei, aceste atacuri instigă mânia victimei, făcând-o să se piardă cu firea și să răspundă într-un mod negativ; k) *comments* (comentarii) – presupune postarea de răspunsuri negative și denigrante la adresa unor fotografii, clipuri video sau mesaje, postate de o anumită persoană în mediul online; l) *fraping* (sabotarea) – presupune modificarea neautorizată a informațiilor de pe pagina personală a unei persoane, într-un context offline, atunci când victima își lasă telefonul/computerul deblocat sau în condițiile în care nu își restricționează accesul la dispozitive. Sabotarea include și comunicarea din numele victimei cu persoane cunoscute/necunoscute, pentru a-i denigra reputația; m) *fake profiles* (profiluri false) – sunt profilurile create de către agresorii cibernetici ce își însușesc identitatea altor persoane, cu scopul de a facilita comunicarea cu victimele lor. Cele mai multe forme arată că agresorii cibernetici preferă „*agresiunea publică*”. Aceștia nu s-ar mulțumi să ducă convorbiri unilaterale cu o singură persoană din cel puțin două motive: 1) pentru că riscă să dea peste un agresor asemeni lui și să nu facă față unei asemenea provocări, și 2) într-o discuție privată, victima poate oricând să-l blocheze, ceea ce s-ar solda cu un eșec total al intențiilor pe care acesta/aceasta le-a avut inițial. În plus, e mult mai ușor de agresat pe cineva atunci când te susțin un număr de „n-zeci” de persoane.

Concluzii

În general, criteriile obișnuite ale agresiunii tradiționale pot fi aplicate și agresiunii cibernetice, dar probabil va fi nevoie de unele îmbunătățiri sau adaptări la specificul acestui tip de agresiune. În același timp, este important să realizăm că unele forme tradiționale de agresiune, cum ar fi răspândirea zvonurilor, sunt destul de similare cu comportamentele de agresiune cibernetică în ceea ce privește mecanismele de răspândire.

Deși comportamentele de intimidare/hărțuire cibernetică și comportamentele tradiționale de intimidare/hărțuire sunt în mare măsură similare, din cel puțin două aspecte variabilele de intimidare/hărțuire cibernetică par să se comporte diferit față de variabilele tradiționale de intimidare. Corelația dintre victimizarea cibernetică și hărțuirea cibernetică este de obicei mai strânsă decât corelația dintre variabilele corespunzătoare pentru diferite forme tradiționale de agresiune/hărțuire³⁸. Cyberbullying-ul are o varietate de atribute care pot accentua impactul comportamentului de intimidare: de exemplu, potențialul de a include un public mai larg; anonimat; natura mai durabilă a cuvântului scris; și capacitatea de a atinge ținta în orice moment și în orice loc, inclusiv mediile sigure considerate anterior, cum ar fi casa persoanei hărțuite. În plus, cyberbullies pot fi mai îndrăzneți, deoarece ei nu își pot vedea victimele și cred că anonimatul le protejează de detectare.

³⁸ *Idem*.

Așadar, atâta timp cât există internet și persoane care nu sunt de acord cu părerile sau modul nostru de a fi, suntem permanent expuși riscului de a fi victima cyber-bullying-ului. Internetul a transformat modul în care interacționăm cu semenii noștri și a deschis căi de comunicare agresivă și de hărțuire în mediul virtual, ceea ce a generat preocupări legate de siguranța acestui mediu. Garantarea unui mediu virtual sigur necesită o înțelegere aprofundată a riscurilor cu care se confruntă oamenii în regim online, precum și a soluțiilor posibile pentru reducerea acestora.

Mijloace de identificare electronică

[Methods of Electronic Identification]

CS II, dr. Nicoleta-Elena HEGHEȘ*

Abstract: In this article we have proposed to make a presentation of the national electronic identification systems and the means of identification within the notified system and a brief analysis of the definitions in Regulation (EU) no 910/2014 of the European Parliament and of the Council of July 23, 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, with an emphasis on biometrics which is a traditional method of identifying a people with the help of modern technical and scientific means, based on their anatomical and behavioral characteristics.

Keywords: Identity; Identification; Systems; Electronic Means; Biometrics

Introducere

Identitatea constituie unul dintre conceptele fundamentale ale gândirii și, în același timp, un mijloc important de cercetare a obiectelor lumii materiale, cu largă aplicare la cele mai diverse domenii ale științei: fizica, chimia, biologia etc., inclusiv criminalistica. Aproape că nu există proces al gândirii care să se situeze în afara principiului identității. Cunoașterea nu se reduce însă la identificare, dar o înglobează ca element constitutiv al unui proces complex și multilateral¹. Identitatea este caracterul a ceea ce este identic (unic) sau „proprietatea unui obiect de a fi și a rămâne cel puțin un anumit timp ceea ce este, calitatea sa de a-și păstra un anumit timp caracterele fundamentale”². Prin urmare, identitatea constituie un concept de care nu se pot dispensa numeroase domenii ale cunoașterii. În logică ea reprezintă una dintre formele de bază ale gândirii corecte. În alte științe noțiunea este folosită ca mijloc de cercetare în conformitate cu sarcinile fiecăreia.

Din punct de vedere etimologic, „a identifica” o persoană se referă la activitatea de „a constata identitatea” persoanei, adică a o individualiza în societate, dar și în ansamblul relațiilor sociale.

Identificarea criminalistică poate fi definită ca stabilirea prin mijloace tehnico-științifice a identității unei ființe sau a unui obiect care are legătură cu fapta incriminată³. Ea este subordonată scopurilor precise ale cercetării judiciare. În acest context specificul ei rezultă, în primul rând, din necesitatea descoperirii unor fapte și situații cu valoare probantă, de unde obligativitatea de a fi întreprinsă în limitele stricte ale legislației procesuale⁴. Identificarea criminalistică, care este o noțiune complexă, constituie un mijloc de stabilire a identității cu valoare probantă, care se realizează prin diverse metode concrete elaborate de știința criminalistică sau preluate din alte științe și adaptate specificului său.

* Prof.univ.dr., cercetător științific gr. II, Institutul de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu” al Academiei Române; nicoleta.heghes@icj.ro

¹ Ionescu L., Sandu D., *Identificarea criminalistică*, Ed. CH Beck, București, 2011, p. 29.

² Colectiv, *Dicționar de filosofie*, Ed. Politică, București, 1978, p. 341, apud Ionescu, L.; Sandu, D. *op. cit.*, p. 29.

³ Ionescu L., *Criminalistică*, Ed. Prouniversitaria, București, 2007, p. 159.

⁴ Ionescu, L.; Sandu, D., *op. cit.*, p. 34.

Identitatea electronică. Unul dintre pilonii esențiali ai digitalizării României este identitatea electronică. Simplificarea accesului la serviciile publice electronice necesită un element unic de identificare, care să fie recunoscut de toate instituțiile și autoritățile, astfel încât accesul la mai multe servicii publice electronice să nu presupună repetarea procedurilor de autentificare. Identificarea electronică le va asigura cetățenilor o identitate validă, verificată. În relațiile cu instituțiile publice, documentele semnate cu certificatul digital în spațiul virtual vor avea aceeași valoare ca documentele semnate olograf, pe hârtie⁵.

Potrivit art. 3, pct. 2 din Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă și de abrogare a Directivei 1999/93/CE⁶ „*mijloace de identificare electronică*” înseamnă o unitate materială și/sau imaterială care conține date de identificare personală și care este folosită în scopul autentificării unui serviciu online, iar pct. 4 definește „*sistem de identificare electronică*” ca fiind un sistem pentru identificarea electronică în care sunt emise mijloace de identificare electronică pentru persoane fizice sau juridice sau persoane fizice reprezentând persoane juridice.

Sisteme și mijloace de identificare electronică

Mijloacele de identificare mai complexe pot include un sistem de identificare biometrică care folosește date precum amprentele digitale sau răspunsurile la întrebări personale pentru a identifica o persoană. Acestea se referă la un gen de identitate digitală care este utilizat în mod deosebit în scopul autentificării electronice a identității unei persoane și conține informații personale detaliate, cum sunt spre exemplu permisele de conducere digital ori pașapoartele.

Regulamentul mai sus menționat definește în art. 3, pct. 3. „*date de identificare personală*” ca fiind un set de date care permit stabilirea identității unei persoane fizice sau juridice sau a unei persoane fizice care reprezintă o persoană juridică;

Identificarea unei persoane fizice are efectul juridic al individualizării acesteia în cadrul raporturilor juridice la care participă. Pentru procesul de individualizare a persoanei este necesară identificarea după criterii reglementate de norme juridice din diferite ramuri ale dreptului. În dreptul civil român, datele de identificare sunt doar numele și prenumele și domiciliul persoanei (atributele clasice de identificare ale persoanei fizice sunt numele, domiciliul și starea civilă). Toate celelalte date sunt date personale protejate de lege care au regim special, nu se divulgă în orice situație, ci numai instituțiilor și societăților autorizate să le gestioneze.

Datele cu caracter personal sunt orice informații care se referă la o persoană fizică identificată sau identificabilă. Informațiile diferite care, adunate, pot duce la identificarea unei anumite persoane constituie și ele date cu caracter personal⁷.

Conform definiției din art. 4, pct. 14 al Regulamentului General de Protecție a Datelor⁸, noțiunea „datele biometrice” înglobează datele cu caracter personal „care rezultă în urma unor tehnici de prelucrare specifice referitoare la caracteristicile fizice, fiziologice sau comportamentale ale unei persoane fizice care permit sau confirmă identificarea unică a respectivei persoane, cum ar fi imaginile faciale sau datele dactiloscopice”. Aceste specii de date fac parte din

⁵ <https://www.adr.gov.ro/identitatea-electronica/>, accesat la data de 30.01.2023.

⁶ Publicat în OJ L 257, 28.8.2014, pp. 73–114.

⁷ https://commission.europa.eu/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_ro, accesat la data de 30.01.2023.

⁸ Regulamentul 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), publicat în Jurnalul Oficial cu numărul 119L din data de 4 mai 2016.

categoria datelor sensibile, a căror prelucrare este, în principiu, interzisă conform dispozițiilor art. 9, par. (1) din RGDP⁹.

Biometria este o metodă tradițională de identificare a individului cu ajutorul mijloacelor tehnico-științifice moderne, pe baza caracteristicilor anatomice și comportamentale ale acestuia. Aceste caracteristici trebuie să fie universale, unice, permanente, colectabile și măsurabile¹⁰. Altfel spus, aceasta se referă la utilizarea identificatorilor și caracteristicilor comportamentale și anatomice distinctive pentru recunoașterea automată a unei persoane. Pe măsură ce identificarea biometrică devine mai comună și mai fiabilă este din ce în ce mai utilizată ca tehnologie de autentificare implicită.

Ca tehnici biometrice¹¹ enumerăm: amprentele papilare, amprentele palmare, dimensiunile mâinii, imaginea termică a mâinii, imaginea numerică a mâinii, fotografierea ochiului (fotografierea irisului și scanarea retinei), recunoașterea facială, tehnicile de control dinamice (apăsarea tastelor, urmele lăsate de semnătură, recunoașterea vocală), unele tehnici sunt fondate pe caractere de tip vizual (geometria urechii, desenul buzelor, forma porilor de pe piele, fiind atașată și analiza urmelor biologice – sânge, salivă, ADN) și nu în ultimul rând, tehnologia de identificare a vocii.

RFC 6973¹² definește amprenta digitală ca fiind „un set de elemente de informare care identifică un dispozitiv sau o instanță a aplicației”. Directiva utilizează termenul *lato sensu*, adică include un set de informații care pot fi utilizate pentru a identifica un utilizator, un agent utilizator sau un dispozitiv în timp.

Potrivit art. 3, pct. 10 din Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014, „*semnătură electronică*” înseamnă *date în format electronic, atașate la sau asociate logic cu alte date în format electronic și care sunt utilizate de semnatar pentru a semna; „semnătură electronică avansată” înseamnă o semnătură electronică ce îndeplinește cerințele prevăzute la art. 26 – art. 3, pct. 11; iar „semnătură electronică calificată” înseamnă o semnătură electronică avansată care este creată de un dispozitiv de creare a semnăturilor electronice calificat și care se bazează pe un certificat calificat pentru semnăturile electronice – art. 3, pct. 12.*

Cu titlu de exemplu, dispozitivele care folosesc securitatea biometrică sunt telefoanele, computerele cu accesoriile acestora sau instalațiile specializate de tipul sistemului de acces în clădiri sau memorii USB cu cititor de amprentă, tabletele, perifericele etc.

Scopul folosirii mijloacelor de identificare electronică este acela de a obține acces la anumite servicii on-line, spre exemplu la conturi bancare, servicii de sănătate, fiscale, de e-Administrație și e-Guvernare.

Potrivit art. 3 pct. 1 din Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă și de abrogare a Directivei 1999/93/CE, „*identificare electronică*” înseamnă *procesul de utilizare a datelor de identificare a persoanelor în format electronic, reprezentând în mod unic fie o persoană fizică sau juridică, fie o persoană fizică care reprezintă o persoană juridică.*

⁹ Goicovici J, *Noaptea, toate pisicile sunt negre: prelucrarea datelor biometrice ale consumatorilor*, 08.02.2021, disponibil pe <https://www.juridice.ro/716070/noaptea-toate-pisicile-sunt-negre-prelucrarea-datelor-biometrice-ale-consumatorilor.html>

¹⁰ Nechita E.-A., *Criminalistica. Tehnica și tactica criminalistică*, ed. a II-a, Ed. Prouniversitaria, București, 2009, p. 260.

¹¹ A se vedea pe larg Nechita E.-A., *op. cit.*, pp. 266-267.

¹² Cooper et al., 2013. *Privacy Considerations for Internet Protocols*. July 2013, <https://www.rfc-editor.org/rfc/rfc6973>, accesat la data de 30.01.2023.

Cele mai comune tipuri de autentificare biometrică sunt recunoașterea amprente digitale, recunoașterea facială și recunoașterea vocală. Regulamentul mai sus menționat definește în art. 3 pct. 5 „autentificarea” ca fiind un proces electronic care permite confirmarea identificării electronice a unei persoane fizice sau juridice sau a originii și integrității unor date în format electronic.

În informările provenind de la statele membre ale Uniunii Europene¹³ cu privire la sistemele de identificare electronică notificate în temeiul art. 9 alin. (1) din Regulamentul (UE) nr. 910/2014 al Parlamentului European și al Consiliului din 23 iulie 2014 privind identificarea electronică și serviciile de încredere pentru tranzacțiile electronice pe piața internă (2019/c 309/09) regăsim 11 state care au emis notificarea, respectiv: Republica Federală Germania, Italia, Republica Croația, Republica Estonia, Regatul Spaniei, Marele Ducat al Luxemburgului, Regatul Belgiei, Republica Portugheză, Regatul Unit, Republica Cehă și Regatul Țărilor de Jos.

În Republica Federală Germania sistemul se numește Sistemul german de identificare electronică bazat pe controlul aprofundat al accesului, iar mijloacele de identificare în cadrul sistemului notificat sunt cartea de identitate națională și permisul de ședere electronic

În Italia sistemul se numește SPID – Sistemul public de identificare digitală, iar mijloacele de identificare electronică SPID sunt furnizate de Aruba PEC S.p.A, Namiral S.p.A, InfoCert S.p.A, In.Te.S.A. S.p.A, Poste Italiane S.p.A, Register S.p.A, Sielte S.p.A, Telecom Italia Trust Technologies S.r.l. și Lepida S.p.A. tot în Italia există și Sistemul italian de identificare electronică bazat pe cartea de identitate națională (CIE) și mijlocul de identificare în cadrul sistemului notificat este Carta de Identita Elettronica (CIE).

Republica Croația are Sistemul național de identificare și autentificare (NIAS), iar mijlocul de identificare în cadrul sistemului notificat este Carte de identitate personală (eOI).

Republica Estonia are mai multe sisteme, respectiv Sistemul estonian de identificare electronică: carte de identitate, Sistemul estonian de identificare electronică: permis de ședere, Sistemul estonian de identificare electronică: Digi-ID, Sistemul estonian de identificare electronică: e-Residency Digi-ID, Sistemul estonian de identificare electronică: Mobiil-ID și Sistemul estonian de identificare electronică: carte de identitate diplomatică, iar mijloacele de identificare în cadrul sistemului notificat sunt cartea de identitate, permisul de ședere, Digi-ID, e-Residency Digi-ID, Mobiil-ID și cartea de identificare diplomatică.

Regatul Spaniei are Documentul național de identitate electronic (DNIE), iar mijlocul de identificare în cadrul sistemului notificat este cartea de identitate spaniolă (DNIE).

Marele Ducat al Luxemburgului are ca sistem Cartea de identitate națională luxemburgheză (carte de identitate electronică). Mijlocul de identificare în cadrul sistemului notificat este cartea de identitate electronică luxemburgheză.

În Regatul Belgiei sistemul se numește Sistemul belgian de identificare electronică FAS/eCards, iar cele două mijloacele de identificare în cadrul sistemului notificat sunt cartea de identitate electronică pentru cetățenii belgieni și cartea de identitate electronică pentru străini.

Republica Portugheză are Cartão de Cidadão (CC), cu mijlocul de identificare în cadrul sistemului notificat Cartea de identitate națională portugheză (carte de identitate electronică).

În Regatul Unit sistemul se numește GOV.UK Verify, iar mijloacele de identificare electronică ale acestui sistem sunt furnizate de Barclays, Experian, Post Office, SecureIdentity și Digidentity.

¹³ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0913\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XC0913(02)&from=EN), accesat la data de 30.01.2023.

Republica Cehă are Sistemul național de identificare al Republicii Cehe, cu mijlocul de identificare Cartea de identitate electronică cehă.

În Regatul Țărilor de Jos sistemul se numește Cadrul neerlandez de încredere pentru identificarea electronică, iar mijlocul de identificare în cadrul sistemului notificat este mijlocul eliberat în cadrul aplicației eHerkenning (pentru întreprinderi).

În țara noastră, Guvernul emis Ordonanța nr. 12 din 31 ianuarie 2023 pentru modificarea și completarea unor acte normative care cuprind dispoziții privind evidența persoanelor și cartea electronică de identitate, publicată în M. Of. nr. 84 din 31 ianuarie 2023. Art. 13 alin. (4) prevede: *Cartea electronică de identitate permite titularului utilizarea semnăturii electronice, precum și autentificarea în sistemele informatice ale instituțiilor publice sau ale persoanelor juridice de drept privat.* În alin. (5) se definește termenul *autentificare – procedura prin care i se permite unei persoane care posedă legal un anumit set de date create în acest scop să se identifice într-un sistem informatic, în format accesibil și ușor de utilizat inclusiv pentru persoanele cu dizabilități, în interes propriu sau în relația sa cu persoane juridice de drept public ori de drept privat.* Alin. (6) stipulează că *Prin crearea setului de date în vederea autentificării în sistemele informatice ale instituțiilor publice sau ale persoanelor juridice de drept privat, titularului cărții electronice de identitate i se atribuie identitate electronică, aceasta fiind utilizată pentru accesarea serviciilor publice sau private electronice de către utilizatorul cu identitate verificată.* În acest moment, conform legislației interne, cartea de identitate electronică este opțională.

De asemenea, în România există deja pașaportul simplu electronic. Acesta se eliberează, la cerere, tuturor cetățenilor care îndeplinesc condițiile prevăzute de Legea nr. 248 din 20 iulie 2005 privind regimul liberei circulații a cetățenilor români în străinătate, publicată în M. Of. nr. 682 din 29 iulie 2005, cu modificările și completările ulterioare.

Concluzii

Criza sanitară provocată de virusul SARS-Cov2 a evidențiat importanța strategică a digitalizării serviciilor publice în România. Dacă înainte de pandemie digitalizarea serviciilor publice putea fi considerată o măsură de eficientizare a aparatului public, în timpul acesteia, în mod deosebit în perioada de izolare a populației la domiciliu, a arătat că digitalizarea este o prioritate strategică și un obiectiv de siguranță națională.

Cele mai comune tipuri de autentificare biometrică sunt recunoașterea amprente digitale, recunoașterea facială și recunoașterea vocală.

Recunoașterea biometrică asigură o securitate mai bună, eficiență mai mare și, în multe instanțe, creșterea confortului utilizatorului.

Sistemele de identificare electronică are mai multe avantaje decât bine cunoscutele metode de identificare tradiționale, respectiv documentele pe hârtie ori verificarea personală. Acestea sunt mai sigure, mult mai eficiente și foarte convenabile. Sistemele de identificare electronică pot fi folosite și pentru a verifica online identitatea unei persoane, de o importanță foarte mare în lumea digitală. Astfel, sistemele de recunoaștere biometrică sunt implementate în tot mai multe aplicații guvernamentale, cum ar fi spre exemplu cărți de identitate electronice, pașapoarte electronice, dar și civile cum sunt logarea la un PC, laptop, telefon mobil, internet acces, smartcard etc. Elemente de identificare nu pot fi pierdute, uitate sau furate așa cum se întâmplă cu parolele, cardurile de identitate sau cardurile bancare întrucât caracteristicile fiziologice au avantajul de a fi relativ stabile în timp.

Lipsa educației în domeniul digital duce la confundarea gravă a unor noțiuni. Aplicarea pe un document Word a unei poze cu o semnătură și transmiterea acesteia nu are nici o valoare juridică. Nu este semnătură electronică. *Per a contrario*, dacă părțile semnatare tipăresc documentele

semnate cu un certificat digital calificat și îl arhivează în dosare, aceste documente își pierd calitatea de semnătură electronică certificată (bazată pe un certificat calificat). Semnătura electronică calificată este singurul tip de semnătură care are aceeași valoare juridică cu o semnătură olografă, tocmai pentru că s-a făcut verificarea identității persoanei de către un prestator de servicii de încredere.

Pentru moment, securizarea prin elemente biometrice s-a dovedit mai utilă decât au fost parolele vreodată și a început să fie integrată în tot mai multe platforme și servicii importante.

Considerații generale privind infracțiunile contra persoanei

[General Considerations Regarding The Crimes Against The Person]

Prof. univ. dr. Ion RISTEA*

Abstract: *Considering the special importance of social relations regarding the human person, which constitutes the generic legal object of these categories of crimes, the author of this material, on the one hand, carried out an evolutionary-historical presentation of these offences, and on the other hand highlighted their specific common aspects. Regarding the first aspect, the author was able to demonstrate that the protection of the person through the mediation of the criminal law has concerned the Romanian society since ancient times, this results from the old penal legislations printed during the Middle Ages (for example, the Correction of the Law, from 1652) the regulations that appeared in the modern society that succeeded the medieval period (e.g. the Penal Code of 1864) and the codification in the contemporary society that succeeded the modern period (e.g. the Penal Code of 2009). Regarding the second aspect, were revealed common aspects whose analysis is necessary for the overall characterization of this category of crimes in relation to the pre-existing conditions (the legal object and the material object, the subjects of the crimes, the place and time of the crimes), the structure and the legal content (premise situation, objective and subjective constitutive content), forms, methods, sanctions and procedural aspects. From the material, the conclusion emerges that the protection of the person by means of the criminal law represented and represents one of the most important objectives of the criminal law, since the human person was and is protected both in terms of his physical personality and his moral personality but drawing criminal liability must be carried out in full compliance with the general and special conditions of incrimination.*

Keywords: *Medieval Regulations; Criminal Codes; Preexisting Conditions; Protection of The Person; Legal Content*

I. Evoluția istorică a infracțiunilor contra persoanei

Ocrotirea persoanei prin normele de drept penal a constituit dintotdeauna un obiectiv prioritar al oricărui sistem de drept, persoana umană reprezentând valoarea socială cea mai importantă a unei societăți de care depinde însăși existența acesteia.

În istoria dreptului penal, infracțiunile contra persoanei au ocupat un loc important, fiind printre cele mai de seamă reglementări juridico-penale.

Astfel, *vechile noastre legiuri penale*, începând cu Pravila de la Govora (1640), pravilele lui Vasile Lupu (Cartea pentru învățături, din 1646) și Matei Basarab (Îndreptarea legii, din 1652), continuând cu Pravila lui Alexandru Ipsilante (1780), Pravila lui Andronache Donici (1817), Legiuirea Caragea (1819) și sfârșind cu condicele penale ale lui Alexandru Sturza (1826), în Moldova și a lui Barbu Știrbei (1850) în Muntenia, conțineau dispoziții referitoare la infracțiunile privind persoana.

De pildă, Îndreptarea legi, în glava 243 prevede următoarele: „Pedeapsa ucigătorului nu iaste alta fără numai moartea, după cum scrie sfânta Scriptură cea veche și cea noă, și după cum dau învățătura Pravilele”.

*Codul penal de la 1864*¹ cuprindea în Cartea a II-a, Titlul IV – Crime și delictes în contra particularilor, Capitolul I intitulat „Crime și delictes în contra persoanelor” (art. 225-304), cu

* ristea_m_ion@yahoo.com.

¹ Publicat în M. Of. nr. 242 din 30 octombrie 1864 și a fost pus în aplicare la 1 Mai 1865.

următoarele secțiuni: Secțiunea I – Pentru omor și alte crime mari, Secțiunea II – Răniri, loviri și alte crime, și delictе comise cu voință, Secțiunea III – Omucidere, răniri și loviri fără voie. Crime și delictе scuzabile și cazuri în cari nu pot fi scuzate. Omucidere, răniri și loviri care nu sunt nici crime nici delictе, Secțiunea IV – Despre duel, Secțiunea V – Atentate în contra bunelor moravuri, Secțiunea VI – Arestațiuni ilegale, sechestrațiuni de persoane și alte atentate la libertatea individuală, Secțiunea VII – Crime și delictе privitoare la poprirea sau distrugerea dovedirii Statutului civil al unui copil sau la compromiterea existenței sale; răpire de minori; infracțiuni contra legilor asupra înmormântărilor, și Secțiunea VIII – Mărturii minciunoase, calomnii, injurii, revelațiunea secretelor. Constatăm că fiecare secțiune conține unul sau mai multe paragrafe, iar în grupul crimelor și delictelor contra persoanelor erau incluse și unele fapte care aveau numai indirect legătură cu ocrotirea persoanei.

*Codul penal de la 1936*² (Codul penal Carol al II-lea) a prevăzut în Cartea II, Titlul XIII – Crime și delictе contra persoanelor (art. 463-523), Capitolul I – Crimele și delictеle în contra vieții și integrității corporale, (Secțiunea I – Omorul, Secțiunea II – Lovirea și vătămarea integrității corporale sau a sănătății, Secțiunea III – Avortul, Secțiunea IV – Alte delictе contra vieții și integrității corporale, Secțiunea V – Delictе contra vieții, integrității corporale și sănătății, comise de mulțime și prin încăierări), Capitolul II – Delictе în contra libertății individuale (Secțiunea I – Sclavia și sechestrarea de persoane; Secțiunea II – Amenințarea și șantajul; Secțiunea III – Violarea de domiciliu; Secțiunea IV – Violarea de secrete), Capitolul III – Delictе contra onoarei (Secțiunea I – Calomnia și defăimarea; Secțiunea II – Injuria; Secțiunea III – Dispozițiuni comune), Capitolul IV – Delictе contra liniștei personale.

*Codul penal de la 1968*³, intrat în vigoare la 1 ianuarie 1969 a reglementat infracțiunile contra persoanei în Partea specială, Titlul II intitulat „Infracțiuni contra persoanei”, în patru capitole: Capitolul I – Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății, Capitolul II – Infracțiuni contra libertății persoanei, Capitolul III – Infracțiuni privitoare la viața sexuală și Capitolul IV – Infracțiuni contra demnității.

Capitolul I – Infracțiuni contra vieții, integrității corporale și sănătății, cuprinde trei secțiuni: Secțiunea I – Omuciderea, Secțiunea II – Lovirea și vătămarea integrității corporale sau a sănătății, și Secțiunea III – Avortul.

Secțiunea I – Omuciderea, cuprinde următoarele infracțiuni: art. 174 – Omorul, art. 175 – Omorul calificat, art. 176 – Omorul deosebit de grav, art. 177 – Pruncuciderea, art. 178 – Uciderea din culpă, art. 179 – Determinarea sau înlesnirea sinuciderii.

Secțiunea II – Lovirea și vătămarea integrității corporale sau a sănătății, cuprinde următoarele infracțiuni: art. 180 – Lovirea sau alte violențe, art. 181 – Vătămarea corporală, art. 182 – Vătămarea corporală gravă, art. 183 – Lovirile sau vătămarile cauzatoare de moarte, art. 184 – Vătămarea corporală din culpă.

Secțiunea III – Avortul, cuprinde infracțiunile: art. 185 – Provocarea ilegală a avortului, art. 186 – Avortul provocat de femeie, art. 187 – Deținerea de instrumente sau materiale avortive, art. 188 – Omisiunea de a anunța efectuarea avortului.

Capitolul II – Infracțiuni contra libertății persoanei, cuprinde următoarele infracțiuni: art. 189 – Lipsirea de libertate în mod ilegal, art. 190 – Sclavia, art. 191 – Supunerea la muncă forțată sau obligatorie, art. 192 – Violarea de domiciliu, art. 193 – Amenințarea, art. 194 – Șantajul, art. 195 – Violarea secretului corespondenței, art. 196 – Divulgarea secretului profesional.

² Publicat în M. Of. nr. 65 din 18 martie 1936.

³ Publicat în B. Of. nr. 79-79 bis din 21 iunie 1968.

Capitolul III – Infrațiuni privitoare la viața sexuală, cuprinde infracțiunile: art. 197 – Violul, art. 198 – Actul sexual cu o minoră, art. 199 – Seducția, art. 200 – Relațiile sexuale între persoane de același sex, art. 201 – Perversiunea sexuală, art. 202 – Corupția sexuală, art. 203 – Incestul, art. 204 – Sanționarea tentativei.

Capitolul IV – Infrațiuni contra demnității, cuprindea infracțiunile: art. 205 – Insulta, art. 206 – Calomnia, art. 207 – Proba verității.

Făcând o analiză comparativă cu reglementările Codului penal anterior, constatăm că există asemănări, dar și unele deosebiri.

De pildă, referindu-ne la infracțiunile din Secțiunea I – Omuciderea, se observă că legiuitorul din 1968 nu a mai incriminat fapta prevăzută în art. 466 C. pen. anterior privind oferta de a săvârși un omor, deoarece astfel de fapte nu s-au ivit în practica judiciară, cum și fapta prevăzută în art. 469 din același Cod privind sinuciderea prin sorți, din aceleași considerente.

Ulterior, infracțiunile contra persoanei din acest Cod penal, datorită evoluției social – politice și economice interne și internaționale, a suferit mai multe modificări prin Legea nr. 6/1973, Legea nr. 140/1996, Legea nr. 197/2000, O.U.G. nr. 89/2001, O.U.G. nr. 169/2002, O.U.G. nr. 58/2002, O.U.G. nr. 143/2002, Legea nr. 278/2006, Legea nr. 337/2007 și Legea nr. 198/2008.

*Codul penal din 2004*⁴ a reglementat materia pe care o analizăm în Partea specială, Titlul I intitulat Crime și delictе contra persoanei, care cuprinde următoarele capitole: Capitolul I – Crime contra umanității (art. 172-177), Capitolul II – Crime și delictе contra vieții persoanei (art. 178-185), Capitolul III – Delictе contra integrității corporale și sănătății persoanei (art. 185-192), Capitolul IV – Crime și delictе privind manipularea genetică (art. 193-197), Capitolul V – Delictе prin care se pune în pericol viața, integritatea corporală și sănătatea persoanei (art. 198-200), Capitolul VI – Crime și delictе contra libertății persoanei (art. 201-216), Capitolul VII – Crime și delictе contra libertății sexuale (art. 217-224), Capitolul VIII – Delictе contra demnității (art. 225-226), Capitolul IX – Delictе contra familiei (art. 227-232), Capitolul X – Crime și delictе contra bunelor moravuri (art. 233-242), Capitolul XI – Delictе contra protecției muncii (art. 243-245) și Capitolul XII – Delictе contra cultelor și a respectului datorat morților (art. 246-248).

De precizat că acest Cod penal nu a fost pus în aplicare, fiind abrogat prin art. 446 alin. (2) din Legea nr. 286/2009.

Codul penal din 2009 a inclus infracțiunile contra persoanei în Titlul I, spre deosebire de Codul penal de la 1968, unde aceste infracțiuni fac parte din Titlul II, fiind grupate distinct după titlul privind infracțiuni contra siguranței statului.

Reglementarea infracțiunilor contra persoanei în Cod penal actual⁵, se deosebește de reglementarea aceleiași materii în Codul penal de la 1968, sub aspectul sistematizării materiei, al formulării unor norme de incriminare ca și prin sancțiunile prevăzute în cadrul fiecărei norme de incriminare.

Prin urmare, în concepția actualului Cod penal, infracțiunile prin care se aduce atingere persoanei și drepturilor acesteia dețin un loc prioritar, sub aspectul sistematizării, renunțându-se astfel la structura codurilor penale anterioare (Codul penal din 1936; Codul penal din 1968), care acordau atenție primordială infracțiunilor care aduc atingere statului. Această structură se regăsește la majoritatea codurilor europene recente (Austria, Spania, Franța, Portugalia etc.) și reflectă

⁴ Adoptat prin Legea nr. 301/2004, publicată în M. Of. nr. 575 din 29 iunie 2004.

⁵ Codul penal actual a fost adoptat prin Legea nr. 286/2009, publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009 și pus în aplicare prin Legea nr. 187/2012, publicată în M. Of. nr. 757 din 12 noiembrie 2012.

concepția actuală privind locul persoanei și al drepturilor și libertăților acesteia în ierarhia valorilor care se bucură de protecție, inclusiv prin mijloace penale⁶.

Titlul I al părții speciale, care cuprinde infracțiunile contra persoanei, este structurat în nouă capitole: Capitolul I – Infracțiuni contra vieții (art. 188-192); Capitolul II – Infracțiuni contra integrității corporale sau sănătății (art. 193-198); Capitolul III – Infracțiuni săvârșite asupra unui membru de familie (art. 199-200); Capitolul IV – Agresiuni asupra fătului (art. 201-202); Capitolul V – Infracțiuni privind obligația de asistență a celor în primejdie (art. 203-204); Capitolul VI – Infracțiuni contra libertății persoanei (art. 205-208); Capitolul VII – Traficul și exploatarea persoanelor vulnerabile (art. 209-217); Capitolul VIII – Infracțiuni contra libertății și integrității sexuale (art. 218-223); Capitolul IX – Infracțiuni ce aduc atingere domiciliului și vieții private (art. 224-227).

Acest Cod penal, inclusiv infracțiunile contra persoanei, a suferit unele modificări prin Legea nr. 187/2012, O.U.G. nr. 18/2016, Legea nr. 217/2020, Legea nr. 233/2020, și Legea nr. 274/2020.

Deși unele norme nu îndeplinesc întocmai exigențele constituționale privind calitatea legii, cu referire la claritate, precizie, previzibilitate, accesibilitate și predictibilitate, aspecte ce pot fi corectate, putem afirma că în ansamblul său, Codul penal actual reprezintă un progres în activitate de reglementare a relațiilor sociale privind apărarea socială.

II. Aspecte comune infracțiunilor contra persoanei

Infracțiunile contra persoanei au anumite particularități, conținuturi specifice care explică incriminarea lor distinctă, dar prezintă și unele aspecte comune a căror analiză este necesară pentru caracterizarea de ansamblu a acestei categorii de infracțiuni. Vom prezenta aceste aspecte comune în raport de condițiile preexistente (obiectul juridic și obiectul material, subiecții infracțiunilor, locul și timpul săvârșirii infracțiunilor), structura și conținutul juridic (situația premisă, conținutul constitutiv obiectiv și subiectiv), forme, modalități, sancțiuni și aspecte procesuale.

1. Condiții preexistente

A. Obiectul infracțiunilor

a) Obiectul juridic generic comun tuturor infracțiunilor contra persoanei îl constituie ansamblul relațiilor sociale a căror formare, desfășurare și dezvoltare sunt condiționate de existența persoanei umane, având în vedere totalitatea atributelor sale (viața, integritatea corporală, sănătatea și libertatea persoanei, libertatea vieții sexuale, inviolabilitatea domiciliului și a vieții private). Ocrotirea acestei valori sociale este foarte importantă deoarece societatea și realizările acesteia, nu pot fi concepute fără existența omului.

În general, infracțiunile contra persoanei reprezintă un grad generic ridicat de pericol social, determinat pe de o parte de importanța relațiilor sociale ce constituie obiectul protecției penale și de urmările grave pe care le pot avea pentru societate săvârșirea acestor infracțiuni, iar pe de altă parte de faptul că infracțiunile contra persoanei se realizează de obicei prin folosirea unor mijloace sau procedee violente și cu o frecvență mai ridicată, deseori, în raport cu alte categorii de infracțiuni⁷.

b) Obiectul juridic special îl constituie relațiile sociale referitoare la fiecare din atributele esențiale ale persoanei (viața, integritatea corporală, libertatea etc.) și privite ca drepturi absolute ale

⁶ Vasile Dobrinou și colaboratorii, *Noul Cod penal comentat, Partea specială*, Ed. Universul Juridic, București, 2014, p. 18.

⁷ Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *Explicații teoretice ale Codului penal român*, vol. III, *Partea specială*, Ed. Academiei, București, 1971, p. 171.

acesteia, opozabile tuturor, erga omnes⁸. Prin aceste drepturi, care sunt inseparabile de persoana omului, este garantată și se ocrotește personalitatea umană atât sub aspect fizic, material împotriva faptelor care aduc atingere existenței ființei umane ori integrității sale corporale, cât și sub aspectul drepturilor persoanei de a se manifesta în mod liber în societate cu respectarea atributelor personalității sale (libertatea de a acționa, inviolabilitatea sexuală, a secretului profesional etc.).

c) *Obiectul material* al infracțiunilor contra persoanei îl constituie de regulă corpul omenesc, asupra căruia acționează subiectul activ, indiferent dacă acesta aparține unei persoane tinere sau în vârstă, se află sau nu în plenitudinea facultăților fizice sau psihice; trebuie însă să fie întotdeauna vorba despre o persoană în viață, iar această persoană să fie întotdeauna alta decât făptuitorul. La unele infracțiuni obiectul material este reprezentat de alte bunuri: domiciliul sau bunurile distruse (violarea de domiciliu – art. 224), sediul profesional (violarea sediului profesional – art. 225), suportul de hârtie, magnetic or digital pe care se fixează, se înregistrează, se copiază datele filmate, ascultate, înregistrate (violarea vieții private – art. 226).

Următoarele infracțiuni din acest titlu nu au obiect material: amenințarea (art. 206), șantajul (art. 207) în anumite condiții, supunerea la muncă forțată sau obligatorie (art. 212), proxenetismul [art. 213 alin. (1)], exploatarea cerșetoriei [art. 214 alin. (1)], folosirea unui minor în scop de cerșetorie (art. 215), folosirea serviciilor unei persoane exploatate (art. 216) în anumite condiții, coruperea sexuală a minorilor [art. 221 alin. (3) și (4)], racolarea minorilor în scopuri sexuale (art. 223) și divulgarea secretului profesional (art. 227).

B. Subiecții infracțiunilor

a) *Subiectul activ nemijlocit* (autor) al infracțiunilor contra persoanei poate fi de regulă orice persoană care îndeplinește condițiile generale privind răspunderea penală. Există însă și infracțiuni sau variante ale acestora, în cazul cărora legea cere ca subiectul activ să aibă o anumită calitate (subiect activ circumstanțiat), acestea fiind următoarele: art. 197 – relele tratamente aplicate minorului, art. 199 – violența în familie, art. 200 – uciderea ori vătămarea nou-născutului, art. 202 alin. (4) – vătămarea fătului, art. 210 alin. (2) – traficul de persoane, art. 211 alin. (2) lit. b), d), e) – traficul de minori, art. 214 alin. (2) – exploatarea cerșetoriei, art. 218 alin. (3) lit. a) și b) – violul, art. 220 alin. (3) și (4) – actul sexual cu un minor, art. 221 alin. (2) lit. a) și b), alin. (3) și (4) – coruperea sexuală a minorilor, art. 222 – racolarea minorilor în scopuri sexuale și art. 227 – divulgarea secretului profesional.

Infracțiunile din această categorie sunt susceptibile de participare (pluralitate de subiecți activi), fie participare proprie, fie participare improprie. Participația nu este posibilă în cazul infracțiunilor neintenționate ori sunt posibile numai anumite forme de participare (de pildă, coautoratul nu este posibil decât în cazul infracțiunilor intenționate și care nu se săvârșesc „în persona propria”).

b) *Subiectul pasiv* al infracțiunilor contra persoanei poate fi orice persoană fizică în viață. Excepția de la această regulă o face infracțiunea de violare a sediului profesional (art. 225), unde subiectul pasiv poate fi și o persoană juridică, precum și infracțiunile reglementate în Capitolul IV – „Agresiuni asupra fătului” (art. 201 – întreruperea cursului sarcinii” și art. 202 – „Vătămarea fătului”), în cazul cărora subiectul pasiv este fătul.

La următoarele infracțiuni sau variante ale acestora, legea cere ca subiectul pasiv să fie circumstanțiat (calificat): art. 189 lit. g) – omorul calificat, art. 191 alin. (2) și (3) – determinarea sau

⁸ George Antoniu, Tudorel Toader (coordonatori) și colaboratorii, *Explicațiile noului Cod penal*, vol. III, Ed. Universul juridic, București, 2015, p. 22; Ilie Pascu, Petre Buneci, *Drept penal. Partea specială*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2017, p. 17; Costică Bulai, *Manual de drept penal*, Ed. All Beck, București 1998, p. 86.

înlesnirea sinuciderii, art. 197 – relele tratamente aplicate minorului, art. 199 – violența în familie, art. 200 – uciderea sau vătămarea nou-născutului de către mamă, art. 201 – întreruperea cursului sarcinii, art. 202 – vătămarea fătului, art. 203 – lăsarea fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate, art. 204 – împiedicarea ajutorului, art. 211 – traficul de minori, art. 213 alin. (3) – proxenetismul, art. 214 – exploatarea cerșetoriei, art. 215 – folosirea unui minor în scop de cerșetorie, art. 218 alin. (3) lit. a), b), c) – violul, art. 219 alin. (2) lit. a), b), c) – agresiunea sexuală, art. 220 – actul sexual cu un minor, art. 221 – coruperea sexuală a minorilor și art. 222 – racolarea minorilor în scopuri sexuale.

În toate cazurile, subiectul pasiv este o persoană asupra căreia se exercită acțiunea sau inacțiunea subiectului activ și care suferă consecințele acțiunii sau inacțiunii subiectului activ.

C. Locul și timpul săvârșirii infracțiunii

De regulă, locul și timpul săvârșirii unei infracțiuni contra persoanei nu influențează existența infracțiunii, dar pot fi avute în vedere de către instanța de judecată, cu prilejul individualizării pedepsei, în măsura în care aceste împrejurări au influențat pericolul concret al faptei săvârșite. La unele infracțiuni locul și timpul infracțiunii sunt menționate explicit fie în conținutul de bază, fie în conținutul calificat al infracțiunii, sub denumirea de elemente circumstanțiale. Aceste elemente circumstanțiale, cu relevanță în ce privește locul și timpul săvârșirii infracțiunii le întâlnim, de exemplu la infracțiunile prevăzute în art. 200 alin. (1) și (2), art. 202 alin. (3) și (4), art. 224 alin. (2), art. 225 alin. (2) etc.

2. Structura și conținutul juridic al infracțiunii cuprinde situația premisă și conținutul constitutiv.

A. Situația premisă constă, de regulă, în preexistența unei realități pe care trebuie să se grefeze săvârșirea faptei prevăzută de legea penală.

În cazul unor infracțiuni contra persoanei există și situația premisă constând în existența unor realități anterioare săvârșirii faptei incriminate și pe fondul cărora se desfășoară acțiunea ilicită cum ar fi, de pildă, existența unui om în viață în cazul infracțiunii de lovire, vătămare corporală, loviri sau vătămări cauzatoare de moarte, sau existența unei stări de graviditate a victimei, în cazul întreruperii cursului sarcinii, sau existența unei nașteri recente, în caz de pruncucidere, existența unui domiciliu, în caz de violare de domiciliu, existența unei corespondențe, convorbiri sau comunicări, în caz de violare a secretului corespondenței, și alte situații care vor fi prezentate cu prilejul analizei fiecărei infracțiuni.

B. Conținutul constitutiv cuprinde latura obiectivă și latura subiectivă.

a) Latura obiectivă cuprinde: elementul material, cerințe esențiale, urmarea imediată și legătura de cauzalitate.

– **Elementul material** (*verbum regens*) al infracțiunilor contra persoanei se realizează în cele mai frecvente cazuri, prin *acțiuni* foarte variate: ucidere, lovire, amenințare, act sexual, pătrundere, hărțuire sexuală etc. Există infracțiuni la care elementul material se realizează numai prin acțiune, infracțiuni la care elementul material se realizează numai într-o inacțiune și infracțiuni la care elementul material se realizează prin acțiune sau inacțiune.

Infracțiunile la care elementul material se realizează *numai prin acțiune* sunt următoarele: art. 191 – determinarea sau înlesnirea sinuciderii; art. 198 – încăierarea; art. 201 – întreruperea cursului sarcinii; art. 204 – împiedicarea ajutorului; art. 206 – amenințarea; art. 207 – șantajul; art. 208 – hărțuirea; art. 209 – sclavia; art. 210 – traficul de persoane; art. 211 – traficul de minori; art. 212 – supunerea la muncă forțată sau obligatorie; art. 213 – proxenetismul; art. 214 – exploatarea

cerșetoriei; art. 215 – folosirea unui minor în scop de cerșetorie; art. 216 – folosirea serviciilor unei persoane exploatate; art. 218 – violul; art. 219 – agresiunea sexuală; art. 220 – actul sexual cu un minor; art. 221 – coruperea sexuală a minorilor; art. 222 – racolarea minorilor în scopuri sexuale; art. 223 – hărțuirea sexuală; art. 224 – violarea de domiciliu; art. 225 – violarea sediului profesional; art. 226 – violarea vieții private și art. 227 – divulgarea secretului profesional.

Există, în cadrul acestui titlu, o singură infracțiune al cărei element material se realizează *numai prin omisiune* (inacțiune) și anume infracțiunea prevăzută de art. 203 – lăsarea fără ajutor a unei persoane aflate în dificultate.

Următoarele infracțiuni din această categorie au ca element material atât *acțiuni* cât și *inacțiuni*: art. 188 – omorul; art. 189 – omorul calificat; art. 190 – uciderea la cererea victimei; art. 192 – uciderea din culpă; art. 193 – lovirea sau alte violențe; art. 194 – vătămarea corporală; art. 195 – lovirile sau vătămarile cauzatoare de moarte; art. 196 – vătămarea corporală din culpă; art. 197 – relele tratamente aplicate minorului; art. 199 – violența în familie; și art. 202 – vătămarea fătului.

Mijloacele de săvârșire a faptei nu prezintă în general relevanță pentru existența infracțiunilor contra persoanei, însă, în unele cazuri, folosirea anumitor mijloace condiționează, fie existența în formă simplă (violența sau amenințarea, în cazul șantajului), fie existența unei forme mai grave (mijloace care pun în pericol viața mai multor persoane, în cazul omorului calificat)⁹.

De asemenea, locul sau timpul săvârșirii faptei condiționează uneori existența infracțiunii, fie în formă simplă, fie în formă calificată (de exemplu: în public – în cazul perversiunii sexuale sau în timpul nopții – în cazul violării de domiciliu).

– **Cerințe esențiale.** În cazul unor infracțiuni contra persoanei, elementul material se întregește cu anumite cerințe esențiale care condiționează existența infracțiunii (ex. uciderea la cererea victimei, uciderea ori vătămarea nou născutului de către mamă, folosirea unui minor în scop de cerșetorie etc.)¹⁰.

– **Urmarea imediată** la toate infracțiunile contra persoanei este prevăzută expres sau implicit în textul de incriminare și constă fie în producerea unui rezultat (moartea persoanei, vătămarea integrității corporale sau a sănătății persoanei etc.), fie într-o stare de pericol pentru valoarea socială ocrotită (amenințarea, șantajul etc.).

– **Legătura de cauzalitate** între acțiunile sau inacțiunile comise de subiectul activ și urmarea imediată există în cazul tuturor infracțiunilor contra persoanei, considerate infracțiuni de rezultat. În cazul infracțiunilor de pericol raportul de cauzalitate rezultă din materialitatea faptei, fiind suficientă executarea elementului material.

b) Latura subiectivă cuprinde elementul subiectiv și cerințe esențiale.

– **Elementul subiectiv.** Forma de vinovăție pentru cele mai multe infracțiuni contra persoanei este *intenția*, cu ambele sale modalități: directă sau indirectă (ex.: art. 188 – omorul, art. 190 – uciderea la cererea victimei, art. 193 – lovirea sau alte violențe etc.).

La unele infracțiuni din această categorie forma de vinovăție este numai intenția directă (ex.: art. 207 – șantajul, art. 210 – traficul de persoane, art. 211 – traficul de minori, art. 218 – violul etc.).

Sunt însă și infracțiuni contra persoanei la care forma de vinovăție prevăzută de lege este *culpa* (ex.: art. 192 – uciderea din culpă, art. 196 – vătămarea corporală din culpă).

Alte infracțiuni de același gen sunt comise cu *praeterintenție* (ex.: art. 195 – lovirile sau vătămarile cauzatoare de moarte).

⁹ Ilie Pascu, Mirela Gorunescu, *Drept penal, Partea specială*, ed. a 2-a, Ed. Hamangiu, București, 2009, p. 79.

¹⁰ George Antoniu (coordonator) și colaboratorii, *Explicații preliminare ale noului Cod penal*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2013, p. 21.

Forma de vinovăție cu care a acționat făptuitorul și modalitatea corespunzătoare fiecărei forme prezintă importanță atât pentru încadrarea juridică a faptei, cât și pentru stabilirea pedepsei.

– **Cerințele esențiale** ale elementului subiectiv privesc de regulă mobilul și scopul.

Mobilul care a determinat săvârșirea infracțiunilor contra persoanei, de regulă, nu prezintă relevanță pentru existența infracțiunii, ci doar pentru dozarea pedepsei. Numai pe cale de excepție, mobilul constituie o cerință esențială a laturii subiective la unele variante agravate ale infracțiunii (ex.: omorul calificat săvârșit din interes material).

Scopul săvârșirii infracțiunilor, ca o componentă a laturii subiective, de principiu, prezintă relevanță în stabilirea pericolului social concret al faptei și individualizarea sancțiunii¹¹.

Sunt însă și infracțiuni din această categorie care se caracterizează prin existența unui scop special urmărit de făptuitor (exemplu: scopul dobândirii în mod injust a unui folos nepatrimonial pentru sine sau pentru altul, în cazul infracțiunii de șantaj). În cazul altor infracțiuni, scopul prevăzut în norma de incriminare caracterizează variantele agravate ale infracțiunii. De pildă, omorul săvârșit „pentru a se sustrage ori pentru a sustrage pe altul de la tragerea la răspundere penală sau de la executarea unei pedepse” ori „pentru a înlesni sau a ascunde săvârșirea altei infracțiuni” este încadrat la omor calificat.

3. Forme. Modalități. Sancțiuni

A. Formele infracțiunii

Această categorie de infracțiuni sunt, cu unele excepții, infracțiuni comise. La aceste infracțiuni pot fi concepute și efectuate acte care să constituie forme de activitate infracțională imperfectă, adică acte de pregătire și tentativă¹².

În ceea ce privește infracțiunile omisive, nu sunt susceptibile de tentativă, dar se pot efectua și în privința lor unele acte de pregătire.

a) Actele pregătitoare, deși posibile la majoritatea infracțiunilor contra persoanei, totuși nu sunt incriminate, iar în unele cazuri se absorb în tentativă (exemplu: lipsirea de libertate în mod ilegal).

b) Tentativa, posibilă la aproape toate infracțiunile contra persoanei (săvârșite cu intenție), este sancționată numai la unele dintre acestea (exemplu: omor, omor calificat, vătămarea corporală, lipsire de libertate în mod ilegal, violul, agresiune sexuală etc.). Tentativa, de exemplu, nu este incriminată în cazul infracțiunilor prevăzute în art. 212, 214, 215 C. pen.

c) Consumarea infracțiunilor contra persoanei are loc în momentul producerii rezultatului socialmente periculos (urmarea imediată) așa cum este descris în norma de incriminare (rezultatul vătămător sau starea de pericol). Majoritatea infracțiunilor contra persoanei sunt infracțiuni simple, în sensul că pentru consumarea acestora elementul material nu trebuie să dureze în timp, cu unele excepții, ca de pildă: lipsirea de libertate în mod ilegal, sclavia, când se săvârșește în modalitatea „ținerea unei persoane în stare de sclavie”.

d) Epuizarea, ca formă de săvârșire poate exista și la unele infracțiuni contra persoanei. De pildă, în cazul infracțiunii de lovire, vătămare corporală, loviri și vătămări cauzatoare de moarte, activitatea infracțională poate lua forma unei activități continue atunci când această activitate se prelungește în timp prin natura ei și după momentul consumării prin amplificarea urmării imediate, ori în cazul infracțiunii continuate sau a infracțiunii progresive. În acest caz activitatea infracțională contra persoanei se prezintă ca o activitate repetată cu aceeași rezoluție delictuoasă și împotriva aceluiași subiect pasiv. În această situație, momentul epuizării este acela al încetării acțiunii sau

¹¹ Ion Ristea, *Regimul circumstanțelor în dreptul penal român*, Ed. C.H. Beck, București, 2009, p. 106.

¹² Vintilă Dongoroz și colaboratorii, *op. cit.*, vol. III, p. 176.

inacțiunii, în cazul infracțiunii continue sau al ultimei acțiuni componente, în cazul infracțiunii continue.

La unele infracțiuni contra persoanei urmarea imediată se poate amplifica fără intervenția autorului, prin adăugarea unor noi urmări celor inițiale (infracțiuni progresive). În acest caz, momentul epuizării va fi acela al încetării oricăror urmări subsecvente activității infracționale¹³.

B. Modalitățile infracțiunilor

a) Modalități normative

Această categorie de infracțiuni pot fi incriminate sub numeroase modalități normative: simple, calificate (atenuate sau agravate).

b) Modalități de fapt

Fiecare modalitate normativă poate cunoaște la rândul său o varietate de modalități faptice de realizare concretă, determinate de împrejurările concrete în care fapta a fost comisă, de mijloacele folosite, în raport cu locul și timpul, cu relațiile dintre infractor și victimă, cu mobilul, putând defini săvârșirea faptei¹⁴.

C. Sancțiuni. Pedeapsa principală prevăzută pentru fiecare infracțiune, în norma de incriminare, diferă de la o faptă la alta în raport cu obiectul juridic special și importanța valorii sociale ocrotite. Pedeapsa principală cea mai severă, detențiunea pe viață, este prevăzută de lege în cazul infracțiunii de omor calificat, alternativă cu pedeapsa închisorii de la 15 la 25 de ani. În cazul celorlalte infracțiuni, pedeapsa principală a închisorii, variază, în limitele stabilite de textul incriminator, în funcție de atributul persoanei vătămate prin comiterea faptei, cât și de întinderea și gravitatea urmării imediate.

În cazul infracțiunilor cu un grad de pericol social mai redus (loviri sau alte violențe, vătămarea corporală din culpă, amenințarea, hărțuirea sexuală) legiuitorul a prevăzut pedeapsa închisorii alternativă cu pedeapsa amenzii.

Pentru infracțiunile cu un grad sporit de pericol social, norma de incriminare a prevăzut, pe lângă pedeapsa principală și pedeapsa complementară a interzicerii unor drepturi.

4. Aspecte procesuale

Acțiunea penală se pune în mișcare din oficiu, pentru majoritatea infracțiunilor contra persoanei, însă în cazul unora dintre infracțiunile contra persoanei acțiunea penală poate fi pusă în mișcare la plângerea prealabilă a persoanei vătămate: lovirea sau alte violențe (art. 193); vătămare corporală din culpă (art. 196); amenințarea (art. 206); hărțuirea (art. 208); violul [art. 218 alin. (1) și (2)]; agresiunea sexuală [art. 219 alin. (1)]; hărțuire sexuală (art. 223); violarea de domiciliu (art. 224); violarea sediului profesional (art. 225); violarea vieții private (art. 226); divulgarea secretului profesional (art. 227). În alte cazuri, acțiunea penală poate fi pusă în mișcare atât din oficiu, cât și la plângerea prealabilă a persoanei vătămate, ca de pildă: violența în familie (art. 199 C. pen.).

Împăcarea părților în cazul acestor infracțiuni, nu are ca efect înlăturarea răspunderii penale.

¹³ George Antoniu, Tudorel Toader (coordonatori) și colaboratorii, *Explicațiile noului Cod penal*, vol. III, Ed. Universul Juridic, București, 2015, p. 24.

¹⁴ Alexandru Boroș, *op. cit.*, p. 22.

Noi reflecții privind criza dogmaticii penale

[New Reflections on The Penal Dogmatic Crisis]

Conf. univ. dr. Mioara-Ketty GUIU*

Abstract: *This study starts from the observation that nowadays, more and more authors speak of a „crisis of law”, especially of a „crisis of penal dogmatics”, and it is trying to clarify how this situation came about. To this end, the author makes a foray into the history of law, which reveals, in summary, the following: the fact that legal science was not born in the modern era, but dates back to early antiquity; the fact that unlike other sciences (most), which present themselves as empirical sciences, legal science presents itself, par excellence, as a formal science, which derives directly from the general logic (metaphysica generalis); the fact that, like all sciences, legal science consists of two parts, namely a general part (purely theoretical) and a special part (applicative); the fact that until the modern era, prevailed the view that legal science and, in particular, its general part presents itself as a philosophical discipline, with a high degree of abstraction, which can progress, only by virtue of a normative conception, that is, taking into account that, by its rules, the law creates a (ideal) juridical reality, with own entities, which never coincides with the concrete, objectively existing reality; the fact that the regression or „crisis” of law started in the middle of the nineteenth century (after Hegel's death), when idealistic philosophy went into decline, to make way for a materialistic and deterministic conception; the fact that, from that moment on, legal science abandoned the normative conception in favor of a naturalistic conception, according to the new „philosophy about the world and life”; the fact that overcoming the state of crisis is possible only in one way, namely returning to the old conception, normative, as claimed, in particular, by the German penalists.*

Keywords: *Empirical Science; Formal Science; Normativism*

1. Introducere

Tot mai mulți autori contemporani vorbesc de o „criză a dreptului în ansamblul său”¹, îndeosebi de o „criză a dreptului penal”².

Unii dintre acești autori acuză dreptul penal că „merge înapoi”³, alții îl declară „mort”⁴, iar alții susțin că el „este bolnav” și „suferă de tare specifice”⁵, invocând, în acest, argumente greu de ignorat, cum ar fi: faptul că dreptul penal este perceput tot mai mult ca un instrument de opresiune, menit să controleze într-o manieră anormală viața particularilor; faptul că politicile penale actuale sunt deprimante, căci ele pun accent pe pedeapsa închisorii, care „corupe”, iar astfel, în loc să diminueze criminalitatea, ele mențin rata recidivei la un nivel foarte ridicat; faptul că impresia generală este că nici legiuitorii nu cred în dreptul penal, din moment ce departe de a restrânge sfera ilicitului penal și de a susține depenalizarea, ei largesc neconținut sfera incriminărilor clasice, introducând noi și noi infracțiuni și pedepse.

* mioarakettyguiu@yahoo.com.

¹ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Paris, Dalloz, Armand Colin, 2000, p. 2.

² R. Planas, Sanchez-Ortiz, *La crisis del Derecho penal contemporáneo* – document accesibil online la adresa https://books.google.ro/books?id=XvqCKMf_YzoC&hl=ro&source=gbs_book_other_versions; în același sens, E.B. Jiménez, *La crisis de la dogmática: nuevas perspectivas* – document accesibil online la adresa <https://vlex.com.co/vid/crisis-dogmatica-nuevas-perspectivas-591567630> (03.02. 2023).

³ A. Demichel, *Le droit pénal en marche arrière*, Paris, Recueil Dalloz Sirey, cahier 28, 1995, *apud* O. Jerez, *Le blanchement de l'argent*, Paris, Revue Banque Édition, 2003, p. 247.

⁴ J. Languier, *Mort et transfiguration du droit pénal* – *apud* Ph. Conte, P.M. du Chambon, *op. cit.*, p. 2.

⁵ Ph. Conte, P.M. du Chambon, *op. cit.*, p. 2.

Asemenea critici sunt susținute adesea chiar de instituții ale statului. În Franța, de exemplu, însuși Consiliul de Stat a criticat, în mod repetat, „inflația legislativă”⁶, proliferarea fără precedent a legilor, vizibilă mai ales în materie penală, sesizând că ea afectează grav eficiența sistemului legislativ⁷ (dat fiind numărul imens de legi existente, o parte din ele rămân necunoscute și devin inaplicabile, inclusiv din cauză că, fiind făcute în grabă, ele ajung să cuprindă multe dispoziții contradictorii, imposibil de conciliat).

2. Propuneri și ipoteze discutabile

Cu toate că despre o „criză a dreptului” se vorbește de multă vreme, constatăm că, privitor la cauzele ei, domnește o totală confuzie.

În loc să cerceteze și să identifice cauzele mai profunde ale acestor anomalii juridice, cei mai mulți autori se grăbesc să conchidă că, pentru ieșirea din criză, unica soluție ar fi „suprimarea” dreptului penal și „înlocuirea lui cu criminologia”⁸. Și aceasta, fără a interesa că, printr-o atare concluzie, ei nu fac decât să reînvie o altă politică penală deprimantă, aceea preconizată de școala pozitivistă (Enrico Ferri, Filippo Gramatica, Marc Ancel ș.a.), care promova teze de genul: pedepsele nu se justifică și ar trebui desființate, fiindcă ele se întemeiază pe ideile de *vinovăție* și de *liber-arbitru*, care ar fi neștiințifice (natura, susțin ei, s-ar conduce după un singur principiu, anume principiul cauzal, iar acesta exclude liberul-arbitru și, implicit, vinovăția); răspunderea juridică ar trebui să devină o „răspundere legală” (obiectivă, fără vinovăție); în locul pedepselor, ar trebui să se adopte un sistem de „măsuri de apărare socială”, a căror aplicare să fie decisă de criminologi etc.

De aceea, este util, poate, să reamintim că niciunul dintre statele lumii nu a luat în serios propunerea pozitiviștilor de a desființa dreptul penal. Ele au evitat chiar să supună dezbaterii publice o astfel de propunere, considerând, cu îndreptățire, că o tentativă în acest sens ar fi fost socotită un afront la adresa bunului-simț elementar și a cetățenilor, care, în majoritatea lor, au înțeles de multă vreme atât faptul că numai pedepsele pot garanta ordinea juridică și drepturile individuale, cât și alte aspecte, cum ar fi faptul că răspunderea penală, cel puțin, trebuie să rămână o răspundere personală, întemeiată pe ideea de *vinovăție* (*vină*, *culpabilitate*), ori faptul că această idee există de când lumea, este înscrisă în genotipul speciei umane și nu poate fi declarată neștiințifică, doar fiindcă ea nu se conciliază cu opinia pozitiviștilor, care continuă să pretindă că, în natură, totul ar fi determinat cauzal.

De asemenea, poate fi util să reamintim că nici criminologii nu au privit cu ochi buni aceste propuneri pozitivistice. Este adevărat că aceștia au subliniat constant importanța disciplinei lor, faptul că ea oferă niște mijloace practice de verificare a validității diverselor norme penale, de fond sau de formă, iar astfel poate contribui decisiv la perfecționarea legislațiilor penale. Totuși, nu este mai puțin adevărat că ei au subliniat constant și faptul că, în raport cu dreptul penal, disciplina lor apare ca o disciplină complementară (subsidiară) – ceea ce dovedește că, spre deosebire de juriștii pozitiviști, criminologii au înțeles faptul că numitul „fenomen infracțional”, care formează obiectul lor de studiu, nu are o existență autonomă, ci depinde de existența legislației penale. De altfel, este de notorietate faptul că niciun act social, oricât de neconvenabil ar fi el, nu poate fi denumit *infracțiune*, decât dacă, în prealabil, a apărut o lege penală, care l-a

⁶ *Législative inflation* – document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Inflation_législative (03.02.2023).

⁷ A se vedea R. Roger, *L'inflation législative: un danger pour l'État de droit* – document accesibil online la adresa <https://www.contrepoints.org/2022/02/14/421562-linflation-legislative-un-danger-pour-letat-de-droit-i> (3.02.2023).

⁸ Ph. Conte, P.M. du Chambon, *op. cit.*, p. 2.

descriș și a impus pedepsirea lui, indicând totodată genul și limitele pedepsei aplicabile, așa cum pretinde principiul legalității. De unde se înțelege că, dacă legile penale ar fi desființate, așa cum propun juriștii pozitiviști, odată cu ele ar dispărea și criminologia, astfel că sarcina aplicării așa-numitelor „măsură de apărare socială” nu ar mai reveni criminologilor, ci altor specialiști (medici, psihologi etc.).

Din acest motiv, chiar și criminologii de orientare pozitivistă evită ideea suprimării dreptului penal și se mulțumesc să preconizeze că, într-un viitor mai mult sau mai puțin îndepărtat, „va apărea un nou domeniu, care transcende atât criminologia, cât și legile penale”⁹ și care va include și criminalistica. În sprijinul acestei ipoteze, ei arată, pe de o parte, că, numai împreună, aceste trei discipline (dreptul penal, criminologia și criminalistica) pot să realizeze „un studiu cuprinzător al comportamentului pedepsit și al infractorului”¹⁰, iar, pe de altă parte, că apariția acestui „nou domeniu” ar fi posibilă, deoarece disciplinele menționate ar fi, toate, niște științe empirice, care studiază „fenomenul infracțional”.

Desigur, aceasta nu este o veritabilă ipoteză științifică, ci, mai degrabă, o fabulație, căci, în realitate, se știe, cele trei discipline nu au avut niciodată un identic obiect de studiu (în caz contrar, fuziunea s-ar fi produs de mult).

Însă, din perspectiva temei interesează mai mult afirmația acestor autori că dreptul penal ar fi o știință empirică – afirmație ce readuce în actualitate o altă veche dispută teoretică, aceea dintre pozitiviștii juridici, care susțineau că dreptul ar fi o știință empirică (de constatare), și neo-kantienii juridici, care susțineau, dimpotrivă, că dreptul, la fel ca și filosofia, este o știință eminentemente formală.

3. Pozitivism și neo-kantianism juridic

Apărută în prima jumătate a secolului al XIX, filosofia pozitivistă reprezenta o aplicație a concepției materialiste și deterministe în domeniul teoriei științei.

Fondatorul ei, matematicianul francez Auguste Comte, este prezentat adesea drept „primul filosof modern al științei”¹¹ – deși această prezentare poate fi considerată exagerată, dacă ținem seama că scopul pretenției sale „filosofii” era unul derizoriu, acela de a exclude din știință toate teoriile formale, ce furnizează cunoștințe pur raționale, îndeosebi cele filosofice și juridice, cu argumentul că numai cunoștințele empirice, provenite din simțuri, merită încredere. Și aceasta, în disprețul întregii filosofii idealiste, care, încă de la Socrate, remarcase faptul că, în mod greșit, oamenii tind să acorde prioritate cunoștințelor empirice, în detrimentul celor raționale, fără a ține seama că simțurile sunt înșelătoare, iar cunoștințele pe care le oferă sunt subiective și variabile (țin de părerea fiecăruia).

Din fericire, spre sfârșitul secolului al XIX, doctrina filosofică idealistă a repurtat o netă victorie asupra acestei filosofii. În contra ei, s-a ridicat atunci, în special în Germania (la Marburg, la Heidelberg etc.), o pleiadă de „școli neo-kantiene”¹², care sesizau că specificul teoriilor științifice rezidă tocmai în faptul că ele nu se limitează la descrierea datelor furnizate de simțuri,

⁹ M.R. Khan, R. Sultana, *Shift in the role of criminology in criminal law: Reflecting the doctrinal change*, in „Annals of Justice and Humanity”, vol.1, no.1, 2021, pp. 1-10, <https://doi.org/10.35912/ajh.v1i1.708> – document accesibil online la adresa <https://goodwoodpub.com/index.php/ajh/article/view/708/191>.

¹⁰ *Idem*, p. 4.

¹¹ A se vedea Auguste Comte – document accesibil online la adresa https://en.wikipedia.org/wiki/Auguste_Comte (regăsit la 11.02.2023).

¹² A se vedea *Neukantianismus* – document accesibil online la adresa <https://de.wikipedia.org/wiki/Neukantianismus> (regăsit la 11.02.2023).

ci, întotdeauna, avansează explicații și ipoteze privind aspectele imperceptibile ale realității, cum ar fi raporturile dintre lucruri ori cauzele fenomenelor perceptibile.

Aceste dezbateri filosofice au influențat puternic și doctrina juridică, în care au apărut, de asemenea, două grupări opuse: pe de o parte, grupul pozitiviștilor juridici, care susținea că dreptul este o știință empirică și autonomă, ce studiază comportamentul social al oamenilor; pe de altă parte, grupul neo-kantienilor juridici (M.E. Mayer, G. Radbruch, E. Lask ș.a.), care susținea că dreptul este o știință formală, ce studiază legile (normele juridice), și că această știință, departe de a fi autonomă, face parte integrantă din etică și din filosofie (tocmai de aceea, până în epoca modernă, cele mai importante studii de drept fuseseră elaborate de filosofi).

4. Tehnicismul juridic

La fel ca și în alte cazuri similare, doctrina juridică dominantă nu a urmat consecvent niciuna dintre cele două concepții aflate în conflict, ci a optat pentru o cale de mijloc.

Acest lucru a devenit vizibil îndeosebi în doctrina penală, în care, foarte curând, și-a făcut apariția un al treilea curent, de mare amploare, intitulat „tehnicism juridic”¹³, care încerca să împacă tezele pozitivismului cu cele ale neo-kantianismului juridic.

Pe de o parte, la fel ca și neo-kantienii, tehniciștii juridici (H. Hälschner, F.v. Liszt, K. Binding, R. Honig, L. Lucchini, F. Grispigni, V. Manzini, A. Rocco, O. Vannini ș.a.) susțineau că dreptul penal nu este o știință empirică, ci o „știință normativă și formală”¹⁴, care studiază legile penale și nu trebuie confundată cu niciuna dintre așa-numitele „științe criminale”, ce studiază criminalitatea ca fenomen real.

Pe de altă parte, la fel ca și pozitiviștii juridici, tehniciștii juridici susțineau că știința dreptului este o știință autonomă, de sine stătătoare, fără nicio legătură cu filosofia, față de care nu manifestau decât dispreț. În acest sens, ei arătau că, deși toate științele se folosesc de metoda rațională, totuși, în fiecare știință, această metodă ar suferi niște transformări menite să o adapteze domeniului de cercetare, cu consecința că am putea distinge tot atâtea metode câte științe există.

Or, prin astfel de aserțiuni, ei bulversau nu numai teoria dreptului, ci și teoria științei.

Pentru a lămuri acest lucru, vom începe prin a reaminti câteva aspecte.

Primul aspect este acela că, anterior, filosofii științei susținuseră unanim că există numai două metode de cunoaștere, anume inducția și deducția¹⁵, și împărțiseră științele, în raport cu metoda folosită, în *științe empirice* și *științe formale*. Mai precis, ei considerau că științele empirice procedează prin inducție, adică pornesc de la analiza unor cazuri particulare și desprind de aici principii generale, aplicabile tuturor cazurilor de același tip, în timp ce științele formale procedează prin deducție, adică pornesc de la principii generale și desprind din ele alte reguli, mai specificate, aplicabile diverselor cazuri particulare.

Al doilea aspect este acela că, în mod eronat, adepții pozitivismului susțineau că numai științele empirice (inductive) ar avea caracter „științific”. Această teză nu avea niciun temei, ci era doar consecința unei erori, a faptului că ei confundau *inducția* cu *observația* (*constatarea* sau *percepția* lucrurilor). O atare confuzie a putut fi înlăturată doar treptat, pe măsură ce teoreticienii științei au observat, pe de o parte, că toate științele se folosesc, într-o măsură mai mare sau mai mică, atât de inducție cât și de deducție, iar, pe de altă parte, că, departe de a se confunda cu

¹³ Pentru detalii, a se vedea M. Donini, *Tecnicismo giuridico e scienza penale cent'anni dopo. La Prolusione di Arturo Rocco (1910) nell'età dell' europeismo giudiziario*, in „Criminalia” (Annuario di scienze penalistiche), 2010, Edizioni ETS, pp. 127- 178.

¹⁴ V. Dongoroz, *Drept penal*, Ed. Tirajul, București, 1939, p. 94.

¹⁵ A se vedea *Deduction & Induction* – document accesibil online la adresa [https:// conjointly.com/kb/deduction-and-induction/](https://conjointly.com/kb/deduction-and-induction/) (regăsit la 16.02.2023)

percepția (constatarea), inducția, la fel ca și deducția, este un raționament, o inferență, o trecere de la analiză la sinteză, în care concluzia (sinteza) *afirmă mai mult decât premisele împreună*¹⁶.

Al treilea aspect este acela că schimbarea semnificației conceptului de *inducție* a condus doctrina filosofică la noi concluzii. O primă concluzie – din păcate, tot eronată – a fost aceea că distincția între cele două categorii de științe ar fi una graduală și deci neesențială, iar nicidecum una de principiu¹⁷. O a doua concluzie – de această dată, absolut corectă – a fost aceea că inclusiv teoriile empirice sunt îndoielnice și, așadar, că nicio teorie științifică nu deține monopolul adevărului. O a treia concluzie a fost aceea că, în aceste condiții, progresul științei poate fi asigurat numai cu o condiție, anume să se poarte de la *ideea critică*¹⁸, urmând ca orice teorie științifică să fie permanent testată și verificată, căutându-se mereu cazuri în care ea își pierde valabilitatea și devine inaplicabilă.

Al patrulea aspect este acela că, pe fondul acestor dezbateri filosofice, tehniciștii juridici au subliniat, la rândul lor, faptul că, departe de a se reduce la o analiză a textelor legale, studiul integral al dreptului pozitiv include *trei studii componente*¹⁹, și anume: *studiul exegetic (sau analitic), care are ca obiect de cunoaștere forma, conținutul și finalitatea fiecărei norme juridice; studiul dogmatic (sau de sinteză), care are ca obiect de cunoaștere principiile dreptului, acelea care asigură unitatea oricărui sistem normativ; și studiul critic, care are ca obiect descoperirea imperfecțiunilor normelor juridice pozitive, a lacunelor, nepotrivirilor sau contradicțiilor prezentate de ele. În plus, ei au pus accent pe studiul dogmatic (sintetic) al dreptului, în virtutea căruia au început să construiască noi teorii generale ale dreptului, cum ar fi aceea a normelor juridice și a interpretării lor, a izvoarelor de drept, a raporturilor juridice, a răspunderii juridice etc.*

Însă, din păcate, aceste merite ale tehniciștilor juridici au fost practic anulate de ambiția lor, complet nejustificată, de a rupe știința lor de celelalte, îndeosebi de filosofie, sub pretextul că dreptul ar folosi o metodă aparte, pe care au denumit-o „metoda tehnico-juridică”²⁰, pentru a o deosebi astfel de metodele celorlalte științe.

Printr-o atare pretenție, ei ridicau un obstacol de netrecut în fața distincției între cele două categorii de științe și, în mod implicit, se puneau în imposibilitate de a mai justifica teza că dreptul este o știință formală (deductivă).

Mai mult, printr-o atare pretenție, ei puneau sub semnul îndoielii însuși caracterul unitar al științei, faptul că aceasta se prezintă ca un sistem, ca un ansamblu ordonat de cunoștințe, în care diversele științe particulare se verifică și se completează reciproc. Până atunci, filosofii științei susținuseră unanim că știința este unitară și că unitatea ei se relevă ca un reflex al unității naturii²¹, ori că viziunea totalizantă asupra realității reprezintă o notă comună, care i-a unit pe toți savanții lumii, de la Platon și Aristotel până la Wittgenstein.

¹⁶ W. Detel, „Știința”, în *Filosofie. Curs de bază*, Ed. Științifică, București, 1999, p. 150. Acest autor definește inducția ca o „percepție structurală” sau o intuiție a structurilor și raporturilor generale, pe care o separă net de „percepția obișnuită” (p. 143).

¹⁷ În acest sens, H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Ed. Humanitas, București, 2000, p. 115.

¹⁸ W. Detel, *op. cit.*, p. 152.

¹⁹ V. Dongoroz, *op. cit.*, pp. 95-96.

²⁰ A se vedea V. Dongoroz, *Metoda tehnico-juridică în știința dreptului penal*, București, 1929 – lucrare reeditată în anul 2020, tot la București, de Ed. Hamangiu; în același sens, A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, în „Rivista italiana di diritto e procedura penale”, nr. 1/1910, pp. 497-521 e 561-582 – lucrare reeditată în anul 1933, în Rocco, *Opere giuridiche*, III, Roma.

²¹ A se vedea *L'unité de la science: fait, tâche, problème* – document accesibil online la adresa <https://www.pimido.com/philosophie-et-litterature/culture-generale-et-philosophie/dissertation/philosophie-epistemologie-sciences-unite-fait-probleme-561778.html> (regăsit la 18.02.2023).

Dar, odată cu tehnicismul juridic, aceste teze au început să fie abandonate, pentru a face loc unui „anarhism metodologic” (Feyerabend)²², care, în drept, cel puțin, se manifestă și azi – drept dovadă, tot mai mulți autori se consideră liberi să inventeze noi și noi discipline juridice și chiar să stabilească singuri, după bunul plac, principiile după care trebuie să se conducă acestea, fără a interesa că pretenziile lor „principii” intră în contradicție cu alte principii, anterioare, stabilite de ramurile de bază, din care au fost desprinse aceste noi discipline.

5. Criticile pozitiviștilor

Aceste neajunsuri ale tehnicismului juridic au fost repede sesizate de pozitiviștii juridici, care au profitat din plin de ele, pentru a-și consolida definitiv poziția.

În 1928, profesorul Enrico Ferri, cel mai de seamă reprezentant al școlii pozitivistice, publica lucrarea sa „Principii de drept criminal”, tradusă în aproape limbile europene, în care dezlănțuia o critică nimicitoare la adresa tehniciștilor juridici și, totodată, provoca o confuzie, mai mult sau mai puțin, între aceștia și neo-kantienii juridici, în rândul cărora el îi includea pe toți reprezentanții școlii clasice a dreptului.

Aici, el critica sever pretinsa „metodă juridică” și, mai ales, ideea că fiecare știință ar folosi o metodă specială – de unde ar urma, spunea el²³, că trebuie să admitem și o „metodă matematică”, o „metodă chimică”, o „metodă mecanică”, o „metodă biologică”, o „metodă psihologică”, o „metodă economică” ș.a.m.d.

El observa că²⁴, deși astfel de expresii inexacte apar adesea și în limbajul comun, în realitate, nu avem decât două metode, cea deductivă (apriorică sau de logică abstractă) și cea inductivă (de observație sau de experiență), care, ambele, sunt întrebuințate în orice cercetare științifică; iar la acestea se adaugă, în afara științei, „metoda critică” (Kant).

De asemenea, el observa că²⁵, influențat de clasicul Rudolf von Jhering, în special de lucrarea acestuia „Spiritul dreptului roman și diferitele etape ale dezvoltării sale” (1854), unii tehniciști juridici (L. Lucchini, O. Vannini ș.a.) și chiar unii dintre pozitiviștii juridici (F. Grispigni, B. Petrocelli ș.a.) încercau să reducă știința juridică la studiul sintetic (sau dogmatic) al legilor și să excludă de aici studiul empiric (exegetic sau analitic), pretinzând că el ar fi doar „o artă”²⁶.

Totodată, el remarcă și alte absurdități la care ajunseseră tehniciștii juridici, cum ar fi: faptul că ei analizau puterea statului de a pedepsi ca un „drept subiectiv” (Binding, Rocco, Massari ș.a.), uitând că, pentru stat, înfăptuirea justiției penale este o funcție, pe care el o îndeplinește în virtutea puterii sale suverane, care este anterioară legii și derivă din voința populară, ori că statul are „nu numai dreptul, dar și datoria de a pedepsi după normele legii”²⁷; sau, faptul că ei analizau delictul ca „ființă juridică”, punându-le pe același plan cu posesiunea, contractul, testamentul etc²⁸, și deduceau de aici că dreptul penal disciplinează raporturile dintre stat și delincvent²⁹, uitând că infracțiunile sunt fapte antisociale, contrare legii și care, așadar, excedează sfera raporturilor juridice, în conținutul cărora intră numai drepturi și obligații.

²² *Idem*, p. 8.

²³ E. Ferri, *Principii de drept criminal*, Ed. „Revista Positivă Penală”, București, 1940, p. 56.

²⁴ *Idem*, p. 56.

²⁵ *Idem*, pp. 58-64.

²⁶ În acest sens, a se vedea și R. Pannain, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, vol. I, Torino, Unione tipografica – Editrice Torinese, 1962, p. 49.

²⁷ E. Ferri, *op. cit.*, pp. 66-67, 90-91.

²⁸ *Idem*, p. 52.

²⁹ *Idem*, p. 66

Iar, pe lângă acestea, el nu uita să amintească faptul că, într-o lucrare mai târzie, însuși Jhering „îi pecetluia cu sarcasm”³⁰ pe tehniciștii juridici, afirmând despre dogmatica lor că „Este un cer teoretic, în care practica dreptului este sufocată” și în care „Conceptele nu au legătură cu viața”³¹.

6. Dreptul, o știință sau o artă?

Una din urmările cele mai grave ale tehnicismului juridic este aceea de a fi indus părerea că dreptul nu este știință, ci o artă.

Inițial, așa cum arăta Enrico Ferri, tehniciștii juridici au susținut că numai partea dogmatică (sintetică) a dreptului este „știință”, iar nu și partea lui practică (analitică, aplicativă). Privitor la această din urmă parte, denumită „interpretare juridică”, ei împărtășeau opinii diferite: unii autori considerau că ea „nu are niciun caracter științific”³², ci ar fi doar o „artă”; alți autori considerau că ea ar fi o „știință naturală”³³ sau, altfel spus, empirică.

Dar, în condițiile în care ei nu justificaseră în niciun fel teza că dreptul este o știință formală și nu clarificaseră nici structura acestei științe (deci nu fixaseră părțile ei și diferențele care le separă), aceste controverse ale tehniciștilor juridici nu au făcut decât să compromită definitiv ideea că dreptul este o știință. Iar consecința a fost aceea că, treptat, opinia cvasigenerală a devenit aceea că dreptul ar fi, în întregime, o „artă” – *ars boni et aequi*³⁴.

Fără îndoială, această opinie nu are niciun fundament. De altfel, în contra ei, se pot invoca serioase obiecțiuni, cum ar fi: faptul că dreptul operează cu noțiunile „just” („licit”) și „injust” („ilicit”), iar nicidecum cu noțiunea de „frumos”, care, în orice artă, devine o noțiune centrală; faptul că, din punct de vedere tehnic, orice artă este, în același timp, o știință (altfel nici nu ar fi posibilă o apreciere a valorii diverselor forme sub care se manifestă ea); faptul că valorile juridice au preeminență în raport cu cele artistice – drept dovadă, dreptul poate să interzică anumite manifestări ce se pretind „artistice”, declarându-le ilicite etc.

Rămân totuși neclare motivele ce i-au determinat pe tehniciștii juridici să se îndoiască de faptul că dreptul ar fi, în întregime, o știință și, mai precis, o știință formală.

7. Implicații filosofice

Acea dorință a tehniciștilor juridici de a rupe definitiv dreptul de filosofie pretinde, ea însăși, o explicație. Acest lucru este chiar imperios, dacă ținem seama de consecințele acestei dorințe, care au fost extrem de grave – căci, repetăm, ea a provocat un „anarhism metodologic”, cu consecința că a devenit imposibil să se mai justifice caracterul unitar al științei ori teza că dreptul este o știință formală.

Dar, căutând o explicație a acestei dorințe, putem face noi observații.

Mai întâi, putem observa că această dorință a apărut, foarte probabil, ca o reacție împotriva tendinței de politicizare excesivă a științei juridice, tendință devenită tot mai pregnantă cu începerea din a doua jumătate a secolului al XIX-lea și care aducea cu sine riscul ca dreptul să se transforme în opusul său. Căci, se știe, aceasta a fost epoca în care se sărbătorea, cu mult fast și zgomot, sfârșitul filosofiei idealiste și avântul fără precedent al concepției materialiste și deterministe, care promova teze dintre cele mai discutabile, cum ar fi: faptul că toată existența se reduce la materie; faptul că spiritul este doar un produs al materiei, lipsit de autonomie; faptul că numai omul posedă

³⁰ *Idem*, p. 55.

³¹ R. Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (Glumă și seriozitate în jurisprudență)*, 2 ed. Leipzig, 1912, pp. 251-253 – *apud* E. Ferri, *op. cit.*, p. 55.

³² F. Grispigni, B. Petricelli – *apud* R. Pannain, *op. cit.*, p. 49.

³³ R. Pannain, *op. cit.*, p. 49.

³⁴ Ph. Conte, P.M. du Chambon, *op. cit.*, p. 1.

inteligentă, iar nu și natura, deci că nu există „rațiune obiectivă”, ci numai „rațiune subiectivă”³⁵; faptul că, neavând inteligență, natura nu are nici scopuri, deci ea se conduce exclusiv după principiul cauzal, iar nu și după principiul finalist (teleologic); faptul că nu există cunoștințe raționale, provenite direct din gândire, ci numai cunoștințe empirice, provenite din simțuri; faptul că trebuie excluse din știință toate teoriile formale, în special cele filosofice și juridice etc.

Apoi, putem observa că falsitatea acestor preținse „teze filosofice” a putut fi demonstrată doar treptat, pe măsură ce logicienii și-au extins cercetările asupra limbajului, în special asupra comunicării scrise și asupra raporturilor dintre semne și obiectele semnificate, dând astfel naștere semioticii. Apariția acestei noi științe a constituit una din cele mai puternice lovituri date concepției materialiste, căci ea dovedea, fără niciun dubiu, că limbajul nu este o realitate materială, direct perceptibilă, ce poate fi descrisă prin însușiri fizice și chimice, ci o realitate pur rațională (abstractă), și deci că, în mod corect, toți marii filosofi ai lumii, începând din antichitate (Socrate, Platon, Aristotel) și până la Hegel se declaraseră adepții unui „idealism obiectiv”³⁶ (ori „realist”), conform căreia deasupra lumii materiale, accesibilă prin simțuri, se află o lume spirituală, accesibilă doar prin gândire, care organizează și conduce totul. În plus, apariția acestei noi științe a avut și alte efecte pozitive. Pe de o parte, ea a dat un nou impuls psihologiei, care, din acel moment, a refuzat să mai explice gândirea ca o secreție a creierului ori ca o tablă pe care se înscriu datele experienței, și a îndrăznit chiar să afirme că, pe lângă cunoștințele empirice, care sunt dobândite, omul posedă numeroase cunoștințe raționale, care sunt înnăscute, *a priori*³⁷. Pe de altă parte, ea i-a obligat pe filosofi să repună în discuție tema metodologiei științei, să înlăture confuzia între inducție și observație (percepție) și să accepte faptul că, la fel ca și deducția, inducția este un raționament, ce furnizează, exclusiv, cunoștințe raționale.

În fine, putem observa că asemenea efecte (pozitive) nu s-au produs și în știința juridică, pentru simplul motiv că ea se separase deja de filosofie și de celelalte științe.

8. Rezultatul autoizolării

Consecințele acestei stări de autoizolare s-au văzut foarte curând, când doctrina juridică majoritară a început să valideze, la întâmplare, teze diametral opuse, dintre care unele erau proprii idealismului, care promovase o *concepție normativă (formală)* asupra dreptului, în timp ce altele erau proprii materialismului, care promova o *concepție naturalistică* asupra dreptului.

Altfel spus, rezultatul izolării a fost acela că știința juridică a devenit incoerentă (contradictorie) și a intrat în regres, în „criză”, dovedindu-se complet incapabilă să-și mai corecteze erorile.

Așa de exemplu, deși tehniciștii juridici au respins teza, proprie materialismului, conform căreia dreptul ar fi o știință empirică, ce studiază comportamentul social al oamenilor, și au pornit de la teza, proprie idealismului, conform căreia dreptul este o știință formală, ce studiază regulile sociale, totuși, ei nu au reușit nici să justifice, nici să dezvolte această teză. Mai mult, în aceste condiții, ei au omis o serie de aspecte foarte importante, cum ar fi: faptul că, în viziunea marilor filosofi idealiști (Aristotel, Kant, Hegel), orice știință, inclusiv dreptul, are o structură duală, adică se compune din două părți, dintre care prima este o *parte teoretică*, ce procedează inductiv, iar secunda, o *parte practică* (aplicativă)³⁸, ce procedează deductiv; faptul că, în această viziune,

³⁵ H. Schnädelbach, „Rațiunea”, în *Filosofie, op. cit.*, p. 63.

³⁶ A se vedea *Objective idealism* – document accesibil online la adresa en.wikipedia.org/wiki/Objective_idealism#:~:text=Objective%20idealism%20is%20a%20form%20of%20metaphysical%20idealism,thus%20stands%20opposed%20to%20both%20realism%20and%20naturalism (regăsit la 23.02.2023).

³⁷ A se vedea M. Golu, *Bazele psihologiei generale*, Ed. Universitară, București, 2004, pp. 51-52, 60 etc.

³⁸ H. Shnädelbach, „Rațiunea”, în *Filosofie, op. cit.*, pp. 74-75.

scopul final al oricărei științe este acela de a-i învăța pe oameni cum să-și îmbunătățească viața, inclusiv cum să-și perfecționeze practicile lor productive – ceea ce înseamnă că toate științele formulează reguli sociale, de *praxis rațională*³⁹; faptul că distincția între *științe empirice* și *științe formale* ține seama, în principal, de tipul de reguli sociale formulate de ele, în sensul că primele formulează simple *reguli metodologice*, ce asigură dezvoltarea diverselor meșteșuguri, inclusiv a artelor, în timp ce secunde le formulează *reguli etice* (morale și juridice), cu valoare superioară, prin care limitează sfera normelor metodologice la acelea ce corespund intereselor generale, comune tuturor oamenilor, desemnate de filosofii idealiști prin conceptul de *bine comun* (*common good* ori *commonwealth*)⁴⁰; faptul că, dintre toate regulile sociale, cele mai importante au fost și au rămas regulile juridice, care, numai ele, pot să asigure ordinea și coexistența socială și, totodată, să garanteze exercițiul drepturilor individuale; faptul că o lege corespunde binelui comun numai atunci când ea dă expresie voinței populare, iar, așa fiind, ea nu poate fi definită doar ca un „act legislativ”⁴¹ – căci, astfel, pe de o parte, se creează confuzie între drept și forță (ceea ce arată și motivul pentru care, în loc să dea expresie voinței populare, legile dau expresie, tot mai adesea, voinței arbitrare a guvernanților), iar, pe de altă parte, se creează impresia că legea se identifică cu textul ei și, așadar, că ea ar fi o entitate concretă, iar nicidecum o operă abstractă, rațională, ce oferă oamenilor un model de conviețuire pașnică.

Sau, tot ca o consecință a separării de filosofie și de celelalte științe, tehniciștii juridici nu au mai sesizat nici alte aspecte, la fel de importante, cum ar fi: faptul că distincția între *doctrină* și *jurisprudență* derivă din distincția, mult mai largă, între teorie și practică; faptul că *doctrina* sau *teoria dreptului* prezintă, și ea, două părți, anume o *parte (teorie) specială* (care poate fi, după caz, analitică sau critică) și o *parte (teorie) generală* (ori sintetică); faptul că, așa cum remarcase Jhering, doctrina trebuie să pună accent pe studiul sintetic, inductiv al normelor, care pornește de la diversele teorii speciale, cu caracter analitic și (eventual) critic, și desprinde din ele niște *principii ale dreptului*, respectiv niște reguli superioare, comune tuturor normelor juridice sau, după caz, unui grup determinat de asemenea norme (în funcție de sfera lor, se pot distinge, mai exact, trei tipuri de principii de drept: *principii fundamentale*, *principii de ramură* și *principii instituționale*); faptul că teoria generală a dreptului are preeminență în raport cu variatele teorii (discipline) particulare, iar acest lucru este absolut firesc, dacă ținem seama că numai ea formulează *principii fundamentale*, cărora trebuie să li se subordoneze toate celelalte reguli de drept, denumite *norme speciale*; faptul că, spre deosebire de *teoria dreptului*, care, de regulă, procedează prin inducție, *practica dreptului (jurisprudența)* procedează, tot de regulă, prin deducție, prin silogisme; faptul că, așa fiind, este complet nefiresc ca teoria generală a dreptului să nici nu amintească de silogismele judiciare și să reducă toată practica dreptului la o chestiune de „interpretare juridică”, fără a interesa că termenul „interpretare” evocă un mod personal de a judeca, o cunoaștere subiectivă, care nu are pretenția de a fi împărtășită și care poate fi acceptată în artă, dar nu și în știință, unde nu pot fi admise decât cunoștințe obiective, cu valoare logică; faptul că problema „silogismelor judiciare”⁴² (a raționamentelor prin intermediul cărora judecătorii ajung să decidă norma aplicabilă fiecărui caz concret) este o problemă de *logică aplicată*, care nu poate fi corect rezolvată fără temeinice cunoștințe de *logică formală* (de *metafizică generală* sau de *filosofie pură*); faptul că așa se și explică de ce Friedrich

³⁹ *Idem*, p. 74.

⁴⁰ A se vedea *Binele comun* – document accesibil online la adresa https://ro.wikipedia.org/wiki/Binele_comun (regăsit la 25.02.2023).

⁴¹ V. Dongoroz, *op. cit.*, 80.

⁴² Pentru detalii, a se vedea M.K. Guiu, *Legal classification and judicial syllogism*, Juridical Tribune, Bucharest Academy of Economic Studies, Law Department, vol.8 (Special), October, pp. 139-147.

Trendelenburg, un reputat filosof german din secolul al XIX-lea, susținea că „logica nu devine niciunde atât de practică și de o importanță atât de crucială ca în drept”⁴³; faptul că tot așa se explică de ce, până în epoca premodernă, dreptul s-a dezvoltat în strânsă legătură cu filosofia și de ce partea lui teoretică nu era formulată de simpli juriști, ci de savanți, oameni cu ample cunoștințe în domeniul metafizicii.

9. Știința juridică în doctrina actuală

Așa cum s-a putut deja deduce din considerațiile anterioare, doctrina juridică actuală nu oferă răspunsuri convingătoare la niciuna dintre chestiunile care privesc știința sa (natură, structură, obiect de studiu etc.).

Ea nu clarifică nici măcar când a apărut știința sa. E drept că mulți teoreticieni plasează momentul nașterii științei juridice în secolele XVIII-XIX, pretinzând că acest moment a coincis cu apariția „școlii istorice a dreptului” (Hugo, Savigny, Puchta ș.a.)⁴⁴. Însă, putem sesiza că această pretenție nu concordă deloc cu datele istorice, care arată că o știință juridică *stricto sensu* exista încă din epoca romană⁴⁵, ori că primele enciclopedii juridice (cum ar fi aceea intitulată *Speculum iudiciale*, elaborată de Guillaume Durand⁴⁶) au apărut la scurt timp după înființarea, în secolele XI-XII, a celor dintâi universități juridice.

Iar, dacă intrăm în amănunte, constatăm că, departe de a fi niște excepții, astfel de contradicții reprezintă regula.

Trei exemple pot lămuri mai bine acest lucru.

Un prim exemplu privește numărul ramurilor de drept. Astfel, vedem că juriștii contemporani încă dezbat dacă dreptul are 15 ramuri⁴⁷ sau are „mai mult de 20 de ramuri”⁴⁸ și că aceste păreri ale lor nu concordă nici cu punctul de vedere al romanilor, *care împărțiseră instanțele în „instanțe penale și civile”*⁴⁹, *considerând deci că dreptul are două ramuri (drept penal și drept civil), nici cu punctul de vedere al lui Aristotel (384-322 î.H.), care, într-una din cele mai cunoscute lucrări ale sale (Etica nicomahică), afirma că există numai două feluri de justiție, anume o justiție distributivă, care privește modul de repartizare a bunurilor și îndatoririlor între oameni, și o justiție retributivă, bazată pe pedeapsă și recompensă. Desigur că această teză antică ar putea fi contestată – de exemplu, s-ar putea obiecta că, în orice stat există, pe lângă legi civile și legi penale, și o lege fundamentală, numită constituție, care este distinctă (se ocupă de organizarea statului) și are prioritate în raport cu celelalte legi, iar, așa fiind, ar trebui să vorbim de minim trei ramuri de drept; sau, s-ar putea obiecta că, pentru romani, noțiunea de drept civil (jus civile) avea un sens diferit de cel actual și desemna toate legile destinate cetățenilor, fără a interesa dacă*

⁴³ F. A. Trendelenburg, *Logische Untersuchungen*, 1840 – citat după sinteza lucrării *Logica și dreptul*, de Drăgan Stoianovici (document accesibil online la adresa <https://respiro.ro/respiroteca/blog/tiinta-dreptului-si-logica>, regăsit la 24.02.2023).

⁴⁴ *Legal science* – document accesibil online la adresa https://en.wikipedia.org/wiki/Legal_science#:~:text=Legal%20science%20is%20one%20of%20the%20main%20components,of%20the (regăsit la 10.02.2023).

⁴⁵ *Roman Law* – document accesibil online la adresa https://en.wikipedia.org/wiki/Roman_law (regăsit la 10.02.2023).

⁴⁶ *Guillaume Durand* – document accesibil online la adresa https://en.wikipedia.org/wiki/Guillaume_Durand (regăsit la 10.02.2023).

⁴⁷ J. Tempest, *15 Branches of law. Different examples* (2021) – document accesibil online la adresa <https://differentexamples.com/branches-of-law/> (regăsit la 25.02.2023).

⁴⁸ *Different Branches of Law* – document accesibil online la adresa <https://opinionfront.com/different-branches-of-law> (regăsit la 25.02.2023).

⁴⁹ C. Ashby, *Crime and punishment – Life in Roman Empire* (2022) – document accesibil online la adresa <https://carolashby.com/crime-and-punishment-in-the-roman-empire/#:~:text=The%20Roman%20approach%20to%20criminal%20j> (regăsit la 25.02.2023).

ele reglementau obligații și drepturi sau reglementau pedepse. De aceea, trebuie să arătăm că, aproape cu siguranță, teza menționată se impusese cu mult înainte de crearea Statului Roman, într-o perioadă în care singurele legi scrise erau cele penale, care cuprindeau, exclusiv, dispoziții de incriminare. Foarte probabil, cercetătorii acelor legi au sesizat repede că orice dispoziție de incriminare are un dublu caracter normativ, adică stabilește, simultan, două norme de comportament, și anume: o „normă penală” (ori „sanționatoare”⁵⁰), care este prevăzută explicit și se adresează judecătorului, arătându-i ce pedeapsă să aplice delincentului; și o „normă civilă” (sau „de conviețuire” ori „de coexistență”⁵¹), care este subînțeleasă (se deduce din prima) și se adresează tuturor cetățenilor, arătându-le ce obligații au ei („să nu ucidă”, „să nu fure” etc.). De asemenea, acei cercetători trebuie să fi sesizat repede și faptul că normele civile (de conviețuire) pot fi prevăzute și singure, separat de normele penale (sanționatoare) și deci că ele formează o categorie aparte de norme, cu o relativă autonomie. Mai mult, ei trebuie să fi sesizat repede și faptul că toate normele juridice existente, inclusiv cele privitoare la organizarea politică a societății, pot fi încadrate într-una dintre aceste două categorii – de unde și concluzia lor că dreptul are numai două ramuri, anume drept civil și drept penal, care corespund celor două categorii de norme existente.

Un al doilea exemplu privește structura științei juridice. Sub acest aspect, vedem că, în doctrina actuală, predomină opinia că distincția între o *parte generală* și o *parte specială* nu privește toată știința juridică, ci doar știința penală. În acest sens, un cunoscut autor italian arăta că această distincție figurează în toate codurile penale moderne și adăuga că, în nicio altă ramură de drept, o asemenea „separare nu are loc în mod atât de organic”⁵² – de unde s-ar deduce nu doar că această distincție este specifică științei penale, dar și că ea a apărut abia odată cu primele coduri penale moderne. Totuși, însăși structura tradițională a programelor universitare contrazice o atare pretenție, căci ea evidențiază că, și în materie civilă, se face distincție între o parte generală și o parte specială, respectiv între o *teorie generală a dreptului civil*, care se ocupă de aspectele comune tuturor normelor civile (noțiuni de bază, principii, instituții, sancțiuni specifice etc.), și diverse *teorii speciale*, care privesc, după caz, persoana, familia, succesiunea, contractele, drepturile reale etc. În plus, aceeași structură relevă că, pe lângă cele două *teorii generale de ramură*, în facultăți se predă și o *teorie generală a dreptului*, pe care vechii autori o denumeau *enciclopedie* sau *filosofie juridică*.

Un al treilea exemplu privește rolul și importanța teoriei generale a dreptului. Astfel, vedem că, spre deosebire de vechii autori, autorii contemporani preferă denumirea de „teorie generală a dreptului”, considerând că disciplina astfel denumită ar fi doar o *materie pregătitoare*, un simplu rezumat al celorlalte științe juridice. Or, așa cum s-a observat deja⁵³, există cel puțin două obiecțiuni ce se pot invoca împotriva unei astfel de opinii: pe de o parte, faptul că în facultăți teoria generală nu se predă în prealabil, ci simultan, concomitent cu celelalte discipline juridice; pe de altă parte, faptul că această teorie nu se prezintă câtuși de puțin ca un simplu compendiu, care expune sintetic conținutul celorlalte discipline juridice, ci, așa cum devine evident la un examen mai atent, ea studiază aspectele fundamentale, comune ambelor ramuri de drept, încercând să clarifice niște chestiuni distincte, cum ar fi definiția și locul dreptului în sistemul științei, diviziunile și principiile lui, conținutul și specificul normelor juridice, caracterele lor esențiale etc. Iar apoi, în contra unei atare opinii, se pot invoca și alte argumente, cum ar fi: faptul că unii autori

⁵⁰ M. Djuvara, *op. cit.*, p. 43; V. Dongoroz, *op. cit.*, p. 33.

⁵¹ G. Del Vecchio, *op. cit.*, p. 206.

⁵² Fr. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 5.

⁵³ M. Djuvara, *Teoria generală a dreptului (enciclopedia juridică)*, Ed. All, București, 1995, p. 6.

contemporani (din păcate, tot mai puțini) denumesc această teorie „filosofia dreptului”⁵⁴, „dreptul pur”⁵⁵ sau „doctrina pură a dreptului”⁵⁶ – denumiri ce evocă teza, proprie filosofiei idealiste, potrivit căreia *etica* (morală și dreptul) derivă din *filosofia primară* (Aristotel), denumită și *filosofie pură* (Kant); faptul că asemenea denumiri se dovedesc mult mai adecvate, dacă ținem seama că această teorie nu este autonomă, ci apare ca un fragment dintr-o altă teorie, mult mai largă, denumită *teoria științei*, care, chiar și în prezent, se studiază exclusiv în facultățile de filosofie; faptul că, secole de-a rândul, sarcina de a elabora o teorie generală a dreptului a revenit filosofilor – și aceasta, tocmai fiindcă elaborarea ei pretinde ample cunoștințe de logică formală și de etică; faptul că, în filosofie, se menține și azi un puternic curent de gândire, *conform căruia știința logicii nu se reduce la partea ei teoretică, denumită logică formală sau metafizică generală (metaphysica generalis), ci cuprinde și o parte aplicativă, cunoscută, încă din antichitate, sub denumirea de știința eticii sau metafizică specială (metaphysica specialis)*⁵⁷, care include și dreptul etc.

10. Dreptul – o știință străveche

În timp ce teoreticienii de azi ai dreptului pretind că până în secolul al XIX-lea, când a apărut școala istorică a dreptului, „întreaga știință juridică se reducea la un comentariu îngust și rutinar al textelor, iar filosofia dreptului nu era decât un reflex searbăd al metafizicii”⁵⁸, datele istorice conduc la o cu totul altă concluzie, conform căreia știința juridică este una dintre cele mai vechi științe ale lumii, a cărei formare a început încă din antichitatea timpurie.

Mai precis, aceste date relevă că, în antichitatea timpurie, legislația scrisă s-a dezvoltat cu precădere în Orientul Apropiat. Aici, primul cod descoperit a fost *Codul lui Hammurabi*, care datează din anii 1755-1750 î.Hr. Dar, după cum ne spun istoricii⁵⁹, acesta nu reprezintă nicidecum cea mai veche colecție de legi a lumii. În orice caz, au ajuns până la noi mai multe colecții anterioare de legi, scrise în sumeriană și akkadiană, cum ar fi Codul lui Nammu din Ur, Codul lui Lipit-Ishtar din Isin sau Legile Eshnunna. În plus, istoricii își exprimă admirația față de acest cod, elaborat în timpul regelui Hammurabi, remarcând o serie de aspecte, cum ar fi: faptul că acesta reprezintă cel mai lung și mai bine organizat text juridic din Orientul Apropiat antic; faptul că acest cod relevă un mare respect pentru ideea de justiție (echitate, corectitudine) și pentru statul de drept; faptul că el a exercitat o puternică influență asupra legilor ulterioare, inclusiv asupra Legii mozaice; faptul că, prin însăși structura lui, acest cod relevă complexitatea vieții antice babiloniene și organizarea ei extrem de riguroasă, în acord cu anumite principii de drept – de exemplu, nu numai că acest cod reglementa exhaustiv obligațiile proprietarilor de terenuri și de case (mandatul fiefurilor, taxele agricultorilor, datoriile fermierilor, traversarea bovinelor, tăierea copacilor, îngrijirea livezilor etc.), dar, totodată, el consacra principiul talionului („ochi pentru ochi, dinte pentru dinte”) și împărțea infracțiunile în mai multe categorii, făcând distincție între „infracțiuni împotriva administrării legii” (acuzatii false, mărturie mincinoasă, falsificarea

⁵⁴ G. Del Vecchio, *Lecții de filosofie juridică*, Ed. Europa Nova, Lugoj, 1995, p. 27.

⁵⁵ Ed. Picard, *Le droit pur*, Ed. Flammarion, Paris, 1908.

⁵⁶ H. Kelsen, *Doctrina pură a dreptului*, Ed. Humanitas, București, 2000.

⁵⁷ A se vedea *The origin of the Metaphysica Specialis and Metaphysica Generalis distinction?* – document accesibil online la adresa https://www.reddit.com/r/askphilosophy/comments/me3txh/the_origin_of_the_metaphysica_specialis_and/ (regăsit la 24.02.2023); în același sens, H. Schädelbach, „Filosofia”, în *Filosofie* (curs de bază), Ed. Științifică, București, 1999, p. 50.

⁵⁸ Șt. Antim, *Concepția economică a dreptului*, Ed. „Cultura Națională”, București, 1924, p. 11.

⁵⁹ A se vedea *Code du Hammurabi* – document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_de_Hammurabi (regăsit la 27.02.2023).

hotărârii etc.), „infracțiuni legate de proprietate” (furtul, primirea bunurilor furate), „infracțiuni legate de case”, „infracțiuni legate de irigații” etc.

În antichitatea târzie, legislația scrisă s-a dezvoltat cu precădere în Occident, în Statul Roman. Privitor la legislația romană, istoricii arată, în sinteză, următoarele: faptul că această legislație s-a dezvoltat cu precădere în perioada Republicii Romane (anii 509 – 44 î.H.) și mult mai puțin ulterior, în timpul Imperiului Roman (27 î. H. – 476 d.H.)⁶⁰; faptul că primul cod roman, cunoscut sub denumirea de *Legea celor Doisprezece Table*, a fost promulgat oficial în anul 449 î.H. și era menit să pună capăt unor vechi conflicte între patricieni și plebei⁶¹; faptul că acest cod avea ca principală sursă de inspirație Constituția lui Solon (secolul VI î.H.) și, la fel ca și alte coduri antice, el cuprindea atât dispoziții civile, cât și penale; faptul că el aducea importante clarificări, privind unele concepte-cheie ale dreptului, așa cum sunt cele de *dreptate*, *egalitate* și *pedeapsă*; faptul că în perioada Republicii au fost adoptate multe alte legi importante, privind votul secret, privind infracțiunile de corupție publică, privind regulile de acces la sistemul judiciar, privind acordarea cetățeniei, privind distribuirea terenurilor publice, privind creditele cu dobândă etc; faptul că printre legile importante adoptate atunci se număra și *Lex Aquilia* din Damno (286 î.Hr.), pe care istoricii o apreciază ca o prefigurare a legilor penale moderne și care avea drept scop să protejeze cetățenii romani de unele forme de furt, vandalism și distrugere a proprietății; faptul că legile romane au continuat să se aplice și după căderea Imperiului Roman de Apus (476 d.H.), ele păstrându-se nu numai în Imperiul Roman de Răsărit, până la cucerirea otomană din 1453, dar și în Europa centrală și de vest, ca și în majoritatea fostelor colonii ale națiunilor europene, inclusiv în America Latină și în Africa; faptul că dreptul roman a servit ca bază pentru practica judiciară pe toată durata existenței Sfântului Imperiu Romano-Germanic (963-1806), și aceasta, fiindcă însăși legitimitatea împăraților fusese întemeiată pe conceptul roman de *translatio imperii* (ceea ce însemna că ei moșteneau puterea de la împărații Romei antice)⁶² etc.

Cât privește știința juridică a antichității, datele istorice relevă, în esență, următoarele: faptul că studiul legilor i-a preocupat pe toți marii filosofi ai acelei epoci – Platon, de exemplu, a dedicat acestui studiu ultimul său dialog (348-347 î.H.), intitulat *Legile*, care era o lucrare amplă, împărțită în 12 cărți, ce cuprindea, între altele, o istorie comparată a constituțiilor statelor, de la potop și până la teocrația ateniană⁶³; faptul că o preocupare încă mai mare pentru studiul legilor s-a manifestat la Roma, unde se formase o clasă specializată de juriști, care se bucura de autonomie și își manifesta știința atât în teorie (predare, scrierea de tratate), cât și în practică (expertiză, consiliere) – ceea ce și explică de ce mulți istorici susțin că principala contribuție a Romei la cultura juridică europeană nu a constat în adoptarea unor statute bine elaborate, ci în construirea unei veritabile științe juridice, caracterizată printr-un „nivel excepțional de ridicat de tehnicitate”⁶⁴, datorată așa-numiților „jurisconsulți”; faptul că, deși nu există suficiente date privind modul în care s-a format această clasă de juriști profesioniști, totuși, există dovezi certe că, de la sfârșitul secolului al III-lea, dreptul era predat în școli (academii), pe baza unui curriculum oficial, cu scopul de a forma profesioniști de înalt nivel; faptul că, în Occident, asemenea școli au

⁶⁰ A se vedea *Liste de lois romaines* – document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_de_lois_romaines (regăsit la 27.02.2023).

⁶¹ A se vedea *Twelve Tables* – document accesibil online la adresa https://en.wikipedia.org/wiki/Twelve_Tables (regăsit la 27.02.2023).

⁶² A se vedea *Le Saint Empire romain germanique* – document accesibil online la adresa <https://www.universalis.fr/encyclopedie/saint-empire-romain-germanique/> (regăsit la 27.02.2023).

⁶³ A se vedea *Les lois* – document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Les_Lois (regăsit la 27.02.2023).

⁶⁴ A se vedea *Droit romain* – document accesibil online la adresa https://fr.wikipedia.org/wiki/Droit_romain (regăsit la 22.02.2023).

fost destul de puține (la Roma și la Autun), în schimb, ele erau destul de multe în Orient; faptul că, dintre școlile orientale de drept, cea mai renumită era cea de la Beirut, în care s-au format cei mai buni *magistri iuris* ai Imperiului⁶⁵.

În fine, datele istorice mai relevă că, în perioada medievală, ce a urmat căderii Imperiului Roman de Apus, legislația pozitivă și-a păstrat, în mare parte, trăsăturile anterioare, fixate de jurisconșulții romani, deși, între timp, operele lor se pierduseră – deci erau necunoscute⁶⁶. De asemenea, ele relevă că interesul pentru dreptul roman s-a redeșteptat abia spre sfârșitul secolului al XI-lea, când italienii au redescoperit o celebră lucrare antică, intitulată *Digeste* sau *Codul lui Justinian* (după numele împăratului care a comandat întocmirea ei, în anul 533). Studiul acestei lucrări, care cuprindea o masivă colecție de citate din jurisconșulții romani, a ridicat mari probleme de hermeneutică, motiv pentru care, în anul 1088, a fost înființată la Bologna cea dintâi universitate juridică europeană⁶⁷, căreia i s-a încredințat misiunea de a aprofunda studiul acelei lucrări.

11. Evoluția dreptului și științei penale

Un alt fapt relevat de datele istorice este acela că, până în epoca premodernă, accentul s-a pus pe așa-numitul *drept public*, respectiv pe legile privitoare la organizarea politică a societății, numite și *charte* ori *constituții*.

Cât privește dreptul penal, acesta, la fel ca și dreptul civil, a fost considerat până atunci o ramură de *drept privat*, ceea ce însemna că, în regulă generală, statul nu asigura protecție drepturilor individuale, astfel că sarcina dovedirii infracțiunilor revenea victimelor sau familiilor acestora. Numai rareori, în cazul unor infracțiuni considerate foarte grave, urmărirea penală era asigurată de stat.

De asemenea, până atunci, *dreptul pozitiv nu a cuprins nicio reglementare a pedepselor. Genul, limitele și condițiile de aplicare a acestora erau decise de judecători, astfel că ele difereau de la un caz la altul. În plus, pedepsele se remarcău printr-o cruzime de neimaginat: nu numai că predominau pedepsele fizice (corporale), dar tortura și pedeapsa cu moartea, provocată în cele mai barbare moduri, constituiau practici uzuale.*

Totuși, este destul de sigur că multe dintre principiile dreptului penal (substanțial sau formal), fuseseră formulate încă din antichitate. Cel puțin, numai așa s-ar putea explica acel cunoscut document englez din secolul al XIII-lea, intitulat Magna Carta Libertatum (1215), care prevedea explicit că pedepsele nu se pot aplica arbitrar, ci numai în urma unui proces echitabil, desfășurat potrivit legii.

În același timp, este destul de sigur că, până în epoca modernă, părerea comună a rămas aceea că teoreticienii dreptului, aceia care formulau și explicau principiile dreptului, nu pot fi considerați simpli juriști, ci trebuie considerați filosofi, căci, pentru aceasta, era nevoie de o pregătire îndelungată și de o cultură vastă, care lipseau practicanților dreptului. Cel puțin, numai așa s-ar putea explica acel paradox istoric, conform căruia, până în epoca modernă, cele mai importante studii de drept penal s-au datorat filosofilor iluminiști (Diderot, Voltaire, Montesquieu, Hume

⁶⁵ A se vedea Ralpf Evêque (Société d'Histoire du Droit, 2019), *L'apparition des écoles de droit durant l'Empire romain* – document accesibil online la adresa www.academia.edu/45638840/L_apparition_des_écoles_de_droit_durant_l_Empire_romain_L_exemple_de_l_école_de_Beyrouth_Berytus_nutrix_legum (regăsit la 27.02.2023).

⁶⁶ A se vedea M. A. McIntosh, *The Continuation of Ancient Roman Law in the Medieval Period* – document accesibil online la adresa <https://brewminate.com/the-continuation-of-ancient-roman-law-in-the-medieval-period/#:~:text=Medieval%20Roman%20law%20is%20%20> (regăsit la 27.02.2023).

⁶⁷ La scurt timp după aceea, au fost înființate și recunoscute alte asemenea universități, la Oxford, Parma, Modena, Paris etc.

ș.a.), care nu s-au limitat să remarcă neajunsurile sistemului represiv, în special atrocitatea pedepselor, dar, pe lângă acestea, ei s-au pronunțat explicit pentru consacrarea legislativă a unor principii ale dreptului sancționator, cum ar fi principiul umanizării pedepselor (în sens larg), principiul unicității acestora (*non bis in idem*), principiul legalității, principiul personalității și al răspunderii pentru vinovăție etc.⁶⁸.

În orice caz, abia în a doua jumătate a secolului al XVIII-lea, asemenea idei au fost reluate și dezvoltate de Tommaso Natale și de Cesare Beccaria, doi erudiți italieni, ce posedau și o temeinică pregătire juridică, care, în lucrările lor, expuneau și alte principii de drept, cum ar fi principiul abolirii pedepsei cu moartea, principiul individualizării pedepselor ori principiul interpretării stricte a legilor penale. Cel dintâi a elaborat, încă din 1759, un eseu intitulat *Riflessioni politiche intorno all'efficacia delle pene*, pe care nu l-a publicat (de teama cenzurii Inchiziției), dar care, în secret, a circulat prin întreaga Europă și care anticipa celebra lucrare a lui Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (1764)⁶⁹.

Ar fi însă de remarcat că, în pofida mării audiențe de care s-a bucurat în epocă, nici lucrarea lui Beccaria nu a determinat vreo reformă a legislațiilor penale. Așa cum relevă datele istorice, *codurile penale moderne au apărut* doar după îndelungi și foarte sângeroase conflicte sociale, în urma cărora guvernații au fost obligați să adopte noi charte (constituții), așa cum erau *Declarația americană de independență* (1776) sau *Declarația franceză a drepturilor omului și cetățeanului* (1789), care impuneau niște reforme legislative de amploare, menite să schimbe radical organizarea justiției. Declarația franceză, de exemplu, impunea organului legislativ ca, în activitatea sa, să respecte reguli de genul: „Legea poate interzice numai acțiunile dăunătoare pentru societate” (art. V); „Legea este o expresie a voinței generale (...). Aceasta trebuie să fie aceeași pentru toată lumea, indiferent dacă protejează sau pedepsește” (art. VI); „Niciun om nu poate fi acuzat, arestat, nici deținut decât în cazurile stabilite prin lege și după formele prescrise de aceasta” (art. VII); „...nimeni nu poate fi pedepsit decât în virtutea unei legi stabilite și promulgate anterior delictului și aplicată legal.” (art. VIII).

12. Importanța codurilor penale moderne

Așa cum se știe, prima reglementare a pedepselor a apărut odată cu primele coduri penale moderne (*codurile penale franceze din 1791 și 1810, Codul penal al Regatului Sardiniei din 1839 etc.*).

Aceste coduri se deosebeau vădit de legile penale anterioare prin conținutul lor, prin faptul că, pe lângă dispoziții de incriminare, ele cuprindeau și o serie de dispoziții penale generale, menite să limiteze libertatea judecătorilor penali și să umanizeze represiunea (aceste dispoziții instituiau un regim legal al pedepselor: categoriile și limitele lor maxime, regulile comune de executare a pedepselor etc.). În alți termeni, specificul acestor coduri consta în structura lor bipartită, în faptul că ele erau divizate în două părți: o primă parte, denumită „parte generală” sau „drept penal general”, se prezenta ca o „lege-cadru”⁷⁰, formată din dispoziții penale generale, cu valoare de principii de ramură; a doua parte, denumită „parte specială” sau „drept penal special”, se prezenta ca o lege subordonată, formată din dispoziții de incriminare, care

⁶⁸ A se vedea, între alții, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli Editore, 1995, pp.XVI-XXI (Introduzione).

⁶⁹ A se vedea Tommaso Natale – document accesibil online la adresa [https://it.wikipedia.org/wiki/Tommaso_Natale_\(giurista\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Tommaso_Natale_(giurista)) (regăsit la 28.02.2023).

⁷⁰ A se vedea *Loi-cadre* – document accesibil online la adresa <https://fr.wikipedia.org/wiki/Loi-cadre> (regăsit la 21.02.2023).

fixau „pedepsele speciale” (aplicabile fiecărei infracțiuni), ce puteau fi modificate de judecători, dar numai în limitele și condițiile prevăzute de dispozițiile penale generale.

Neîndoielnic, apariția acestor coduri a constituit un progres juridic major.

Cu toate acestea, noi credem că doctrina actuală exagerează peste măsură importanța lor atunci când pretinde, mai mult sau mai puțin explicit, că ele ar marca însăși nașterea științei juridice. Procedând astfel, ea neagă, fără niciun temei, valoarea tuturor cercetărilor juridice anterioare și pretinde, contrar realității, că sarcina penaliștilor moderni nu s-a redus la o simplă sistematizare a ideilor anterioare; din contră, ei ar avea meritul de a fi construit niște teorii complete noi, și nu doar în materie penală, ci în toate ramurile de drept (lucru impus de faptul că aceste ramuri sunt interdependente și formează un sistem, un tot unitar).

În plus, o analiză, chiar sumară, a acestor coduri relevă că ele corespundeau prea puțin exigențelor exprimate de autorii lor morali. În acest sens, ni se par elocvente două aspecte: pe de o parte, faptul că, dintre numeroasele principii formulate de filosofi, aceste coduri consacrau doar unul, anume principiul legalității, care, și acela, era redus la una dintre exigențele sale, aceea că infracțiunile și pedepsele trebuie stabilite prin lege (*nullum crimen nulla poena sine lege*); pe de altă parte, faptul că, deși era unanim admis că pedepsele reprezintă cele mai grave sancțiuni juridice, aceste coduri nu prevedeau, în mod explicit, nici regulile, nici condițiile generale de aplicare a pedepselor. Asemenea aspecte puteau fi doar deduse, stabilite printr-o interpretare sistematică a dispozițiilor penale generale – lucru complet inacceptabil, din moment ce, pe calea interpretării, judecătorii puteau ajunge la concluzii complete diferite, cu consecința că practica judiciară devenea neunitară și se nesocotea astfel dreptul fundamental la egalitate în fața legii.

Iar, ceea ce este încă mai grav, nici până azi, teoreticienii dreptului penal nu au reușit să înlăture aceste neajunsuri, respectiv să clarifice deplin principiile dreptului penal și să fixeze regulile și condițiile generale de aplicare a pedepselor. Asemenea chestiuni sunt în continuare controversate, iar consecința este aceea că legislațiile penale devin, pe zi ce trece, tot mai stufoase și incoerente – de unde se vede și motivul pentru care se vorbește, în special, de o „criză a dogmaticii penale”.

13. Criza dogmaticii penale

Privitor la cauzele acestei crize, domnește o totală derută și, cu toate acestea, așa cum am arătat deja, mulți autori contemporani se grăbesc să conchidă că singura soluție de ieșire din criză ar fi „suprimarea” dreptului penal.

În orice caz, nimeni nu pare să-și mai amintească de acea pretenție a penaliștilor moderni, potrivit căreia știința juridică s-a născut odată cu ei și deci că, anterior, nu exista o asemenea știință. De altfel, vedem că și azi cei mai mulți penaliști plasează nașterea științei penale „în perioada următoare revoluțiilor burgheze”⁷¹, la confluența secolelor XVIII-XIX⁷², legând-o astfel de apariția codurilor penale moderne.

Or, dacă încercăm să lămurim motivele acestei pretenții, ajungem la concluzia că acela a fost, de fapt, momentul de debut al crizei. Mai precis, criza dreptului a debutat la scurt timp după moartea lui Hegel (1831), care a marcat sfârșitul adevăratei filosofii, a așa-numitului „idealism realist” ori „obiectiv”, care asigurase progresul tuturor științelor, inclusiv al dreptului, din antichitate și până atunci. În locul vacant, a început să se ridice atunci o simplă ideologie (politică

⁷¹ V. Dobrinioiu, I. Pascu, V. Lazăr, Gh. Nistoreanu, I. Molnar, A. Boroș, *Drept penal. Partea generală*, Ed. didactică și pedagogică, București, 1992, p. 10.

⁷² N. Giurgiu, *Drept penal general*, Ed. Căntes, Iași, 2000, p. 20.

de grup), expusă pe larg în operele cunoscuților teoreticieni burghezi Karl Marx și Friedrich Engels și care își aroga, cu emfază, titlul de „filosofie materialist-dialectică”.

În fapt, însă, această pretinsă „filosofie” se reducea la un proces dirijat de „laicizare socială” (de determinare a oamenilor să renunțe la credință), care începuse să se manifeste încă din epoca premodernă, așa cum lasă să se întrevadă multe din schimbările sociale și economice intervenite atunci: secularizarea averilor clerului; separarea instituțiilor publice de Biserică; ascensiunea burgheziei; și, mai ales, faptul că, brusc, în acea perioadă, tot mai mulți intelectuali au început să se autodeclare „atei” și „liber cugetători”, invocând, în acest sens, argumente dintre cele mai îndoielnice, cum ar fi acela că toată existența se reduce la materie (substanță), în timp ce conștiința ar fi doar o secreție a creierului⁷³, ori acela că nu există „rațiune obiectivă”⁷⁴ (a naturii), ci doar „rațiune subiectivă”⁷⁵ (umană).

Așa s-a ajuns deci la situația actuală, în care asistăm nu doar la o criză a dreptului, ci, așa cum observă unii filosofi, și la „o criză morală profundă”⁷⁶, în special a lumii occidentale, ca și la „o criză universală a raționalității”⁷⁷.

Dar, din păcate, acești filosofi nu observă și că toate aceste „crize” sunt doar niște efecte ale adoptării concepției materialiste despre lume și viață, care neagă, fără niciun temei, existența principiului finalist (a unor scopuri ale naturii sau, mai bine spus, a unui *program universal*, extrem de coerent, care face ca orice nouă entitate fizică să se încadreze într-un sistem organizat, în care dobândește un rol și un scop bine determinat⁷⁸). Deși, încă din antichitatea timpurie, savanții au sesizat că natura se conduce după propriile legi, care sunt perfect inteligibile și pot fi transcrise în formule matematice (reamintim că, potrivit școlii pitagoreice, „în natură, totul este număr”⁷⁹), vedem că adepții acestei concepții au contestat constant caracterul inteligibil al naturii, pretinzând că numai oamenii posedă gândire. Iar, pornind de aici, ei au ajuns, repetăm, să formuleze multe alte teze eronate, cum ar fi: faptul că, în natură, totul ar fi determinat cauzal, inclusiv gândirea umană; faptul că nu există liber-arbitru; faptul că toate cunoștințele umane provin din simțuri (*teză pe care psihologia actuală o respinge*); faptul că numai științele empirice merită denumirea de „științe”, fiindcă ele formulează *legi ale naturii*, care ar fi universale și imuabile, în timp ce științele formale, așa cum este și dreptul, formulează doar *legi (reguli) sociale*, care ar fi particulare, inconstante și provizorii (ceea ce constituie un alt neadevăr, căci, în realitate, cum am mai arătat, toate științele formulează reguli sociale); faptul că, pentru facerea legilor, nu e nevoie de nicio știință, ci doar de talent etc.

De aceea, poate fi util să reamintim și că unul dintre principale obiective ale noii ideologii a fost acela de a desființa dreptul și, îndeosebi, dreptul penal, așa cum dovedesc aproape toate schimbările de paradigme intervenite atunci, în special din momentul în care această ideologie a început să fie predată în școli.

De exemplu, dacă anterior se considera că toată știința se reduce la „o etică normativă”⁸⁰ și deci că, în sistemul științei, locul conducător revine dreptului, care reprezintă partea cea mai

⁷³ A se vedea *Materialism* – document accesibil online la adresa <https://en.wikipedia.org/wiki/Materialism> (regăsit la 22.02.2023).

⁷⁴ H. Schnädelbach, „Rațiunea”, în *Filosofie*, op. cit., p. 63.

⁷⁵ *Idem*, p. 63.

⁷⁶ E. Martens, H. Schnädelbach, „Cu privire la situația actuală a filosofiei”, în *Filosofie*, op. cit., p. 15.

⁷⁷ *Idem*, p. 17.

⁷⁸ În același sens, a se vedea D. C. Dulcan, *Inteligența materiei*, Ed. Școala Ardeleană, Cluj-Napoca, 2021, p. 48.

⁷⁹ A se vedea *Pythagore* – document accesibil online la adresa <https://fr.wikipedia.org/wiki/Pythagore> (regăsit la 22.02.2023).

⁸⁰ I. Kant, *Critica rațiunii practice*, Introducere, apud H. Schnädelbach, op. cit., p. 77.

importantă a logicii (a „metafizicii”), ulterior s-a impus o altă opinie, care se menține și azi, potrivit căreia *dreptul nu este o știință, ci o artă*.

Sau, dacă anterior se considera că, prin normele sale, dreptul creează o realitate juridică (rațională, ideală), cu entități abstracte, care nu coincid niciodată cu entitățile naturale de la care se pornește în construcția lor, ulterior, s-a impus opinia că toate entitățile juridice, inclusiv infracțiunile, ar fi niște entități concrete, perceptibile prin simțuri. După cum arăta profesorul René Gaurraud, la început de secol XX, apăruse tendința de „a folosi metoda observației pentru a explora cauzele (...) pedepsei”⁸¹, inclusiv infracțiunea – ceea ce arată nu doar cum s-a ajuns la acea problemă, ce pare insolubilă, privind „structura infracțiunii”, dar și de ce, treptat, doctrina penală a renunțat la teza că dreptul penal reglementează pedepsele, deci că el este un drept al pedepselor (peinliches Recht⁸²), așa cum dovedește și denumirea lui (care derivă de la latinul poena – pedeapsă), pentru a face loc unor noi teze, cum ar fi aceea că dreptul penal reglementează dreptul statului de a pedepsi (jus puniendi⁸³) ori aceea că dreptul penal reglementează infracțiunile („faptele ce constituie infracțiuni”⁸⁴) și că, în consecință, ar fi mai corect ca el să fie denumit drept criminal (de la latinul crimen – infracțiune).

Ori, dacă anterior se considera că răspunderea penală se prezintă, prin excelență, ca o răspundere morală, cu caracter retributiv, întemeiată pe ideea liberului-arbitru, și deci că, pe lângă noțiunea de pedeapsă, noțiunea de vinovăție reprezintă o altă noțiune centrală a dreptului penal, ulterior, cum am arătat, a apărut opinia că trebuie să se renunțe la aceste noțiuni, urmând ca dreptul penal să fie înlocuit cu un sistem de „măsuri de apărare socială”, bazate pe simple prezumții de culpă. De altfel, se știe, că tocmai pentru a sublinia această diferență de concepție, pozitivisti juridici și-au arogat titlul de „școală de drept”, declarând deschis opoziția dintre școala lor, denumită „școala pozitivistă”, și „școala clasică a dreptului penal”.

Ca urmare, în prezent, tot mai puțini autori își amintesc faptul că, în concepția penaliștilor clasici (Francesco Carrara, Giovanni Carmignani, Domenico Romagnosi, Enrico Pessina ș.a.), noțiunea de vinovăție desemna o regulă de bază a dreptului penal, conform căreia, pentru pedepsirea unei persoane, nu este suficient să se probeze că ea a comis o infracțiune (o faptă prevăzută de legea penală), ci mai trebuie să se probeze că ea îndeplinește și alte condiții, îndeosebi de ordin subiectiv (vârstă, responsabilitate, libertate de voință și acțiune). Mai precis, în concepția lor, stabilirea vinovăției presupunea parcurgerea a trei trepte: mai întâi, trebuia să se probeze că persoana acuzată a săvârșit, efectiv, o faptă prevăzută de lege ca infracțiune – deci că există „imputare fizică” (nulla poena sine actione); apoi, trebuia să se probeze că, în concret, nu operează vreo „cauză justificativă”, care înlătură caracterul ilicit al faptei – deci că există și „imputare legală” (nulla poena sine iniuria); în fine, trebuia să se probeze că, în concret, nu operează vreo „cauză de iresponsabilitate” (ori „de neimputabilitate”), respectiv că acuzatul a săvârșit fapta ilicită, în mod conștient și voluntar – deci că există, de asemenea, „imputare morală” (nulla poena sine culpa).

Neîndoielnic, nu toate aceste idei ale penaliștilor clasici erau corecte. Suscita discuții îndeosebi ideea existenței unor „cauze justificative”, din care se deducea ceva fără sens, anume că legea ar putea să prevadă ca „infracțiune” (ca „ilicit penal”) o faptă pe care tot ea o declară „licită”. De altfel, se știe că unele doctrine penale (franceză, română etc.) au renunțat la această idee, și aceasta, tocmai ca o consecință a observației că nu există „cauze justificative”, care

⁸¹ R. Gaurraud, *Précis de Droit criminel*, Librairie de la Société du Recueil J.B.Sirey & Du Journal du Palais, Paris, 1909, p. 8.

⁸² Fr.von Liszt, *Traité de droit pénal allemand*, Paris, V. Giard & E. Briere, 1911, p. 1.

⁸³ R. Frank, *Die Wolffsche Strafrechtsphilosophie*, 1887, p. 22, *apud* Fr. Liszt, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁴ G. Fiandaca, E. Musco, *op. cit.*, p. 3.

înlătură caracterul ilicit al faptei, ci doar „cauze de neimputabilitate”, care înlătură responsabilitatea morală a agentului.

Totuși, doctrina majoritară a acordat foarte puțină atenție discuțiilor pe această temă. Și aceasta, fiindcă ele deveniseră irelevante, în condițiile în care, în majoritatea lor, penaliștii adoptaseră deja o concepție naturalistică asupra infracțiunii – căci, în virtutea acestei concepții, vinovăția înceta să mai fie înțeleasă ca un principiu de drept sancționator, ce implică o „judecată în trepte”, și devenea un simplu „element” al infracțiunii („elementul subiectiv”), în privința căruia părerile erau împărțite: unii autori considerau că vinovăția reprezintă un element esențial al infracțiunii, în timp ce alții considerau că acest element este irelevant (în fond, așa se și explică de ce, în legislațiile actuale, a crescut îngrijorător numărul așa-numitelor „cazuri de răspundere penală obiectivă”, care contravin vădit principiului vinovăției).

14. Concluzii

După părerea noastră, două concluzii esențiale pot fi desprinse din această lucrare.

Prima concluzie este aceea că regresul sau „criza” dreptului a început în epoca modernă și își are cauza în filosofie. Mai precis, această criză a debutat după moartea lui Hegel, când filosofia idealistă a intrat în declin, fiind înlocuită cu o concepție materialistă și strict deterministă. Această schimbare de concepție a avut drept consecință, între altele, faptul că teoria științei a devenit incapabilă să ofere o explicație convingătoare a distincției între *științele empirice* și *științele formale* și, ca urmare, ea a început să propună alte clasificări, tot mai discutabile, cum ar fi aceea între *științe ale naturii* și *științe sociale*, ori aceea între *științe exacte* și *științe inexacte*, propusă în 1960 de niște filosofi americani⁸⁵ (această din urmă clasificare, cel puțin, pare o pură ineptie, dacă ținem seama că scopul științei este de a ajunge la adevăr, la cunoștințe exacte, iar nicidecum la neadevăr, la cunoștințe false, „inexacte”).

A doua concluzie este aceea că depășirea crizei dreptului, inclusiv a dogmaticii penale, este imposibilă atât timp cât teoreticienii dreptului nu abandonează *concepția naturalistică asupra dreptului și nu revin la vechea concepție, „normativă” (ori „formală”), așa cum pretinde deja o parte a doctrinei penale, în special cea germană.*

⁸⁵ A se vedea W. Detel, *op. cit.*, p. 167.

Unele considerente privind constatarea infracțiunilor flagrante privind securitatea națională

[Some Considerations Regarding The Detection of Flagrant Crimes Regarding National Security]

Cristian POPA*, Romeo-Ioan GÂRZ*

Abstract: *In the case of flagrant crimes against national security, by the personnel of the Romanian Intelligence Service, the document that is concluded is called, according to the law, a statement of findings and must contain both the general conditions of substance and form provided by the law, as well as the those specific to the flagrant crime. The law stipulates that, after the conclusion of the flagrant crime detection operations, the person will be immediately handed over to the competent judicial bodies, together with the finding document and the criminal bodies. We mention that the act of apprehension, by the personnel of the Romanian Intelligence Service, of the perpetrator, as part of the activity of detecting the flagrante, is not a judicial apprehension, but only a temporary preservation of him, for handed over to the competent criminal investigations structure.*

Keywords: *National Security; Criminal Procedure Code; Flagrant Crime*

1. Introducere

Reglementarea unei proceduri speciale de urmărire și judecată a infracțiunilor flagrante a fost determinată, printre altele, de necesitatea constatării imediate și a strângerii neîntârziată a probelor care ar putea fi supuse riscului dispariției, precum și de faptul că – prin reținerea făptuitorului – se elimină riscul unor erori judiciare.

Prin constatarea nemijlocită a săvârșirii unei infracțiuni calificată ca flagrantă¹ și observarea directă a consecințelor produse de către aceasta, se asigură atât datele necesare cu privire la împrejurările și condițiile în care s-a comis, cât și certitudinea că persoana reținută este autorul ei. De asemenea, întrucât infracțiunile flagrante provoacă o evidentă și imediată tulburare a ordinii de drept, la care opinia publică reacționează de îndată, promptitudinea tragerii la răspundere penală este un element definitoriu pentru procedura flagrantului.

Din aceste considerente, rezultă că, prin instituirea unor dispoziții derogatorii de la procedura obișnuită, s-a urmărit o manifestare mai accentuată celerității procesuale. De altfel, această procedură specială mai este denumită și procedură urgentă și își aduce o contribuție importantă la creșterea eficienței luptei împotriva fenomenului infracțional.

În conformitate cu prevederile Codului de procedură penală², competența cercetării infracțiunilor flagrante cărora le este aplicabilă procedura specială revine organelor de urmărire penală.

În cazul infracțiunilor date în competența obligatorie a procurorului, constatarea acestora se poate face și de către organele de cercetare penală deoarece, în cadrul procedurii speciale,

* cadru didactic, UAV; ccrpopa@gmail.com.

* Expert, ANIMV.

¹ Art. 293 Cod de procedură penală.

² Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală publicată în M. Of. nr. 486 din 15 iulie 2010, actualizată, cu modificările și completările ulterioare.

infracțiunea flagrantă este constatată de organul de urmărire sesizat, fără a se stabili o anumită competență în raport de infracțiunile cercetate.

Respectarea rigidă a regulilor competenței după materie sau după calitatea persoanei ar împieta nu numai asupra rapidității cu care trebuie să se acționeze în astfel de cazuri, ci și asupra constatării propriu-zise a infracțiunilor flagrante. Dacă un organ incompetent după materie sau după calitatea persoanei constată o infracțiune flagrantă, acesta va trimite de îndată lucrările efectuate procurorului competent.

Deoarece Codul de procedură penală se referă numai la organele de urmărire penală (procurorul și organele de cercetare penală), constatarea infracțiunilor flagrante în condițiile legii nu poate fi făcută de alte organe, căror Codul de procedură penală le stabilește anumite atribuții limitate, cu excepția situațiilor în care legea le autorizează în mod expres în acest sens.

În caz de concurs de infracțiuni, când procedura specială se aplică numai unora dintre infracțiunile concurente, se procedează la disjungere, urmărirea și judecarea infracțiunilor făcându-se separat.

În caz de indivizibilitate sau conexitate, dacă procedura specială se aplică numai unora dintre fapte sau unora dintre făptuitori, iar disjungerea nu este posibilă (când două sau mai multe infracțiuni continuate ori când două sau mai multe acte materiale alcătuiesc o sigură infracțiune), urmărirea și judecata se fac după procedura obișnuită. În aceste cazuri, imposibilitatea legală a disjungerii împiedică aplicarea procedurii speciale a flagrantului.

2. Limitele de competență în care personalul Serviciului Român de Informații poate acționa pentru constatarea infracțiunii flagrante

Potrivit art. 12 alin. (1) din Legea nr. 14/1992³, în cazul constatării unei infracțiuni flagrante la regimul securității naționale stabilit de lege, a unui atentat sau act terorist ori a unor tentative sau acte preparatorii la asemenea infracțiuni, dacă sunt pedepsite de lege, personalul Serviciului Român de Informații poate reține pe făptuitor, predându-l de îndată organelor judiciare competente, împreună cu actele de constatare și corpurile delictelor.

Din conținutul acestui text legal, rezultă, cu privire la Serviciul Român de Informații, mai multe precizări referitoare la:

- infracțiunile ce pot face obiectul constatării flagrante;
- abilitarea expresă pe care legea o dă personalului Serviciului Român de Informații de a efectua constatarea acestor infracțiuni în stare de flagranță, în legătură cu care:
 - îl pot prinde pe făptuitor;
 - pot efectua percheziția corporală sau a vehiculelor și a locului unde s-a săvârșit infracțiunea, pentru a identifica și a reține corpurile delictelor;
 - întocmesc procesul-verbal de constatare a infracțiunii flagrante;
 - trebuie să-l predea pe făptuitor, împreună cu actul de constatare și corpurile delictelor, organului judiciar competent.

3. Faptele infracționale ce pot face obiectul constatării flagrantului de către personalul Serviciului Român de Informații

Deși constatarea infracțiunilor flagrante poate fi făcută, potrivit legii, numai de către organele de urmărire penală, apreciem că legiuitorul, printr-o excepție, date fiind complexitatea, specificul și gravitatea faptelor ce constituie infracțiuni la regimul securității naționale, a unui atentat sau act

³ Privind organizarea și funcționarea Serviciului Român de Informații publicată în M. Of. nr. 33 din 3 martie 1992, republicată, cu modificările și completările ulterioare.

terorist ori a unor tentative sau acte preparatorii la asemenea infracțiuni a acordat, personalului Serviciului Român de Informații, prin prevederile din Codul de procedură penală și Legea nr. 14/1992, dreptul de intervenție directă și de a face asemenea constatări.

Prin urmare, în categoria infracțiunilor la care personalului Serviciului Român de Informații poate constata flagrantul se includ:

- infracțiuni contra securității naționale prevăzute de titlul X Cod penal⁴;
- actele de terorism reglementate de Legea nr. 535/2004⁵
- infracțiunile de neglijență în păstrarea informațiilor, divulgarea informațiilor secrete de serviciu sau nepublice și de divulgare a informațiilor secrete de stat prevăzute în Codul penal;
- infracțiunile prevăzute în Codul aerian⁶;
- alte infracțiuni ce pot fi apreciate ca vizând securitatea națională⁷, dacă afectează valorile ce o definesc, așa cum acestea sunt prevăzute în art. 1 din Legea nr. 51/1991⁸ și care au corespondent juridic în amenințările la adresa securității naționale.

Problema constatării flagrantului la infracțiunile privind securitatea națională sau a celor de terorism trebuie tratată în funcție de particularitățile situațiilor în care se impune intervenția personalului Serviciului Român de Informații.

Astfel, teoretic, flagrantul poate fi realizat de orice lucrător din Serviciul Român de Informații, care are competență în materie și care, în timpul sau în afara orelor de serviciu, face o constatare personală ori este sesizat direct și nemijlocit privind săvârșirea uneia din infracțiunile menționate, dacă apreciază că, din punct de vedere al eficienței, intervenția sa este oportună. Desigur, din considerente ce țin mai ales de specificul lor, asemenea situații sunt mai rar întâlnite, dar nu sunt excluse.

Situația pe care ne propunem s-o tratăm se referă însă la cazuri mai complexe, în care personalul Serviciului Român de Informații acționează, prin culegerea de informații, pentru clarificarea și documentarea unor amenințări la adresa securității sau când sunt sesizate, în orice mod, despre pregătirea ori săvârșirea unor infracțiuni privind securitatea națională sau a celor de terorism, având la dispoziție doar timpul necesar să ia măsuri de constatare a flagrantului.

Potrivit prevederilor Codului de procedură penală, este oprit a determina o persoană să săvârșască sau să continue săvârșirea unei fapte penale, în scopul obținerii de probe⁹. Circumscrișă domeniului probațiunii judiciare penale, această dispoziție trebuie înțeleasă și interpretată în sensul că este interzisă nu numai determinarea, ci și lăsarea unei persoane să săvârșască sau să continue săvârșirea unei infracțiuni, indiferent dacă aceasta s-ar face în scopul obținerii de probe sau în alte scopuri.

În acest context, din prevederile normelor interne de muncă se desprinde obligația personalului Serviciului Român de Informații de a interveni cu operativitate pentru prevenirea

⁴ Legea nr. 296/2009 privind Codul penal publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009, actualizată, cu modificările și completările ulterioare.

⁵ Privind prevenirea și combaterea terorismului, publicată în M. Of. nr. 1161 din 8 decembrie 2004, cu modificările și completările ulterioare.

⁶ Publicat în M. Of. nr. 222 din 19.03.2020.

⁷ Starea de legalitate, de echilibru și de stabilitate socială, economică și politică necesară existenței și dezvoltării statului național român ca stat suveran, unitar, independent și indivizibil, menținerii ordinii de drept, precum și a climatului de exercitare neîngrădită a drepturilor, libertăților și îndatoririlor fundamentale ale cetățenilor, potrivit principiilor și normelor democratice statornicite prin Constituție

⁸ Privind securitatea națională a României publicată în M. Of. nr. 163 din 7 august 1991, republicată în M. Of. nr. 190 din 18 martie 2014, cu modificările și completările ulterioare.

⁹ Cristian Popa, Niculae Gamenț, *Caracterul de probă al informațiilor pentru securitate națională*, Revista de Drept Penal nr. 3/2011, p. 123-128.

oricăror acțiuni care constituie, potrivit legii, amenințări la adresa securității naționale¹⁰. Numai în măsura în care prevenirea nu a fost posibilă, din lipsă de informații concludente, descoperirea și contracararea devin nu doar necesare ci și obligatorii.

Concepția și mentalitatea potrivit căreia, lăsarea celor supravegheați să comită infracțiuni pentru ca, prinzându-i apoi în flagrant, să se obțină aprecieri pe plan profesional, nu corespund principiilor statului de drept, respectiv normelor de deontologie profesională.

Plecând de la unele aspecte teoretice de drept penal cu privire la fazele de desfășurare a infracțiunilor contra securității naționale sau a celor de terorism, se ridică problema precizării momentului în care se poate interveni pentru constatarea flagrantului de către personalul Serviciului Român de Informații. În consecință, intră sub incidența legii penale și pot face obiectul constatării flagrantului: actele pregătitoare pedepsibile, asimilate de lege tentativei, tentativa la oricare dintre infracțiunile contra securității naționale, infracțiunile consumate. Starea de flagrantă nu trebuie să privească infracțiunea în întregul ei, ca unitate infracțională legală, ci numai un anumit act material care intră în conținutul acesteia și care caracterizează fapta penală respectivă și generează un pericol social iminent.

Prin urmare, față de cele precizate mai sus, personalul Serviciului Român de Informații trebuie să intervină în mod direct pentru constatarea flagrantului atunci când informațiile pe care le-au obținut, măsurile specifice de verificare și documentare a cazurilor nu oferă toate datele necesare pentru sesizarea organelor de urmărire penală despre săvârșirea unor infracțiuni. De asemenea, personalul SRI poate interveni direct și atunci când nu există timpul material efectiv pentru sesizarea acestor organe¹¹ cu privire la săvârșirea unor acțiuni ce întrunesc elementele constitutive ale infracțiunilor ce pot face obiectul flagrantului.

Dacă faptele sunt documentate sub toate aspectele, astfel încât sunt întrunite condițiile de sesizare a organelor de urmărire penală și dacă acțiunile se continuă prin acte materiale de execuție repetate sau este vorba despre o infracțiune continuă, se va proceda la sesizarea organelor menționate, care pot întreprinde măsuri de cercetare, inclusiv prin constatarea flagrantului.

Atunci când nu au la dispoziție timpul efectiv să-și însușească situația ce rezultă din cauzele cu care au fost sesizate de organele Serviciului Român de Informații și nici să facă verificările necesare încât să acționeze pe cont propriu, iar faptele infracționale sunt în derulare, organele de urmărire penală pot să solicite, în conformitate cu prevederile art. 12 alin. 2¹² din Legea nr. 14/1992, sprijinul personalului anume desemnat din Serviciul Român de Informații pentru realizarea unor activități de cercetare penală, între care apreciem că poate fi inclusă și constatarea flagrantului.

4. Actul de constatare a infracțiunii flagrante

Constatarea infracțiunii flagrante se finalizează prin încheierea **procesului verbal** care, potrivit legii, trebuie să îndeplinească condițiile generale de fond și de formă ale unui asemenea act. Având în vedere situațiile specifice la care se referă, acest proces verbal trebuie să cuprindă, în plus, atât declarațiile făptuitorilor, cât și declarațiile celorlalte persoane care au legătură cu această acțiune, respectiv martorii oculari, persoana vătămată, persoanele care l-au urmărit, l-au prins și l-au adus pe făptuitor etc.

¹⁰ Cristian Popa, Nicolae Gament, *Angajatul Serviciul Român de Informații în raport cu noua lege penală și procesual penală*, Revista de Drept Penal nr. 1/2014, p. 53-56.

¹¹ Art. 61 C. pr. pen.

¹² (.....) La solicitarea organelor judiciare competente, cadre anume desemnate din Serviciul Român de Informații pot acorda sprijin la realizarea unor activități de cercetare penală pentru infracțiuni privind siguranța națională. (.....).

Legea prevede, de asemenea, că procesul verbal se citește învinuitului, precum și persoanelor care au fost ascultate, cărora li se atrage atenția că pot completa declarațiile sau că pot face obiecții cu privire la acestea. Procesul verbal se semnează de organul de urmărire penală, de învinuit și de persoanele care au fost ascultate.

În cazul constatării infracțiunilor flagrante la adresa securității naționale, de către personalul Serviciului Român de Informații, documentul care se încheie se numește, potrivit legii, **proces-verbal de constatare** și trebuie să îndeplinească atât condițiile generale de fond și de formă prevăzute de lege, cât și pe cele specifice infracțiunii flagrante. Legea prevede că, după încheierea operațiunilor de constatare a infracțiunii flagrante, făptuitorul va fi predat de îndată organelor judiciare competente, împreună cu actul de constatare și corpurile delictelor.

5. În loc de concluzii

Menționăm că actul de reținere temporară, de către personalul Serviciului Român de Informații, a făptuitorului, în cadrul activității de constatare a flagrantului, nu este o reținere judiciară¹³, ci numai o indisponibilizare temporară a lui, în scopul predării imediate către organele competente¹⁴.

O altă variantă posibilă dată de iminența comiterii infracțiunii este anunțarea organului judiciar competent de către personalul Serviciului Român de Informații și întreprinderea de către acesta a măsurilor specifice pentru constatarea infracțiunii flagrante.

În cazul specificului de operare și comitere a unor acte de terorism de tipul celor din ultima perioadă care au avut loc în diverse țări occidentale de tip hit and run este imperativă activarea acestor dispoziții legale pentru ca personalul specializat al Serviciului Român de Informații să poată interveni, cu atât mai mult cu cât instituția este autoritate națională în domeniul prevenirii și combaterii terorismului.

¹³ Art. 209 C. pr. pen.

¹⁴ Cristian Popa, *Cadrul juridic al activității de informații*, Ed. ANI, 2011, p. 115-116.

Probleme în legătura cu revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere

[Problems in Connection with The Revocation of The Suspension of The Execution of The Sentence Under Supervision]

Lect. univ. dr. Victor Andrei CĂRCĂLE*

Abstract: *In this communication, we answer the question raised by judicial practice: whether it is possible to discover by the end of the probation period that the convicted person had committed another offense before the judgment ordering the suspension was handed down or until the judgment has become final, even if the prison sentence was imposed for that offense after the expiry of the probation period. To this question, we say that the new offense only triggers the revocation of the suspension of the execution of the sentence under supervision if it is discovered during the trial period. If it is found afterward, even if the judgment becomes final, it will not be possible to revoke the suspension of the execution of the probation sentence. Therefore, the late discovery of the offense is a shortcoming on the part of the authorities, and a revocation of the suspension of the execution of the sentence under supervision after a long period of time has elapsed would no longer produce the effects that this institution implies.*

Keywords: *Expiry of The Trial Period; Revocation of The Suspension of Execution of The Sentence Under Supervision, Late Discovery of The Offense*

Printre mijloacele legale de individualizare a pedepsei¹ un loc important îl ocupă *suspendarea condiționată a executării pedepsei sub supraveghere*². În esență, această măsură constă în dispoziția pe care instanța o poate lua prin însăși hotărârea de condamnare de a suspenda, pe o anumită durată, denumită *termen de încercare*, executarea pedepsei pronunțate, cu obligația pentru condamnat de a avea o comportare corectă în tot acest timp³. Dacă a expirat termenul de încercare și condamnatul a avut comportarea corectă cerută de lege, el este reabilitat de *iure*. Din contră, dacă în cursul perioadei de încercare condamnatul încalcă obligația de a avea o purtare bună, suspendarea executării pedepsei sub supraveghere se revocă, iar condamnatul este ținut să execute pedeapsa a cărei executare fusese suspendată condiționat, fără ca aceasta să poată fi contopită cu

* Universitatea Ștefan cel Mare din Suceava; victorcarcale@litere.usv.ro.

¹ Constantin Mitache, Cristian Mitache, *Drept penal, Partea generală*, ed. a III-a, revăzută și adăugită, Ed. Universul Juridic, București, 2019, p. 461. Justin Grigoraș, *Individualizarea pedepsei*, București, Ed. Științifică, 1969, p. 295. Ea permite instanței să adâncească opera de individualizare a pedepsei în acele cazuri în care persoana infractorului, examinată în lumina conduitei anterioare săvârșirii faptei și a celei manifestată prin săvârșirea infracțiunii, în complexul însușirilor sale psiho-morale, se dovedește aptă a se îndrepta și a se conforma tuturor exigențelor legii penale, sub influența unei măsuri judiciare speciale care să înlocuiască executarea efectivă a pedepsei.

² R. Garrand, *Traité théorique et pratique du droit penal français*, vol. III, p. 426; Vintilă Dongoroz, *Drept penal*, 1939, p. 685.

³ Scopul legii scria I. Tanoviceanu citând un jurist francez – este de a evita infractorilor primari demni de interes, șederea periculoasă în închisoare și consecințele indirecte care decurg din ea: pierderea slujbei, greutatea de a găsi alta la liberare, mizeria familiei privată de salariul capului ei, adeseori mai rele decât însăși pedeapsa. Se evită astfel declasarea condamnaților și recidivele care provin din această cauză. I. Tanoviceanu, V. Dongoroz, *Tratat de drept și procedură penală*, vol. III, p. 707–708.

pedeapsa aplicată pentru infracțiunea sau infracțiunile săvârșite în perioada de încercare sau după revocarea suspendării⁴.

Cu privire la aceasta⁵, *revocarea suspendării executării pedepsei*, este sancțiunea neîndeplinirii condiției sub care s-a luat măsura suspendării executării pedepsei sub supraveghere. Revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere este reglementată în dispozițiile art. 96 C. pen., potrivit cărora constituie cauze de revocare: nerespectarea cu rea-credință a măsurilor de supraveghere sau neexecutarea cu rea-credință a obligațiilor (art. 96 alin. 1); neîndeplinirea integrală a obligațiilor civile stabilite prin hotărârea de condamnare (art. 96 alin. 2); neexecutarea pedepsei amenzii care a însoțit pedeapsa închisorii în condițiile art. 62 C. pen. și înlocuirea acesteia cu pedeapsa închisorii (art. 96 alin. 3), precum și săvârșirea unei noi infracțiuni pentru care s-a pronunțat o condamnare la pedeapsa închisorii alin. 4-6 C. pen.

Considerăm necesar să subliniem că în primele trei ipoteze, revocarea este obligatorie, iar în cea de-a patra ipoteză, revocarea este obligatorie, dacă noua infracțiune a fost săvârșită cu intenție sau intenție depășită, și este facultativă, dacă noua infracțiune a fost săvârșită din culpă.

În toate aceste situații, instanța a dispus această măsură cu condiția ca în termenul de încercare condamnatul să nu mai comită nicio infracțiune. Ca urmare, neîndeplinirea acestor condiții, dovadă că cel condamnat a persistat pe drumul infracțiunii *atrage* revocarea suspendării sub supraveghere și executarea efectivă a pedepsei. Prin revocare, pedeapsa anterioară *nu* se contopește cu pedeapsa aplicată pentru noua infracțiune ci ambele pedepse se vor executa cumulativ. Nu interesează natura sau gravitatea infracțiunii săvârșite în termenul de încercare esențial este să se fi comis o infracțiune pentru care s-a pronunțat o condamnare definitivă.

Până la rămânerea definitivă a hotărârii de condamnare pentru noua infracțiune, efectele provizorii ale suspendării se produc în continuare. Legea cere ca săvârșirea infracțiunii să se fi produs *înăuntrul* termenului de încercare indiferent dacă pronunțarea hotărârii ori rămânerea ei definitivă au avut loc după împlinirea termenului de încercare. În acest caz însă nu se mai pune problema continuării efectelor provizorii ale suspendării executării pedepsei pentru infracțiunea anterioară, deoarece aceste efecte s-au produs și numai ulterior s-a pronunțat hotărârea pentru noua infracțiune ori a rămas definitivă hotărârea de condamnare pentru infracțiunea respectivă. Dacă hotărârea pentru noua infracțiune este desființată în apel sau în recurs și condamnatul este achitat sau dacă fiind vorba de o infracțiune din culpă, s-a dispus suspendarea condiționată a executării pedepsei și pentru noua infracțiune, atunci efectele provizorii ale suspendării pedepsei anterioare devin definitive (nu se mai revocă).

Aceasta subliniază că *nu* orice infracțiune săvârșită în termenul de încercare atrage automat revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere. În realitate săvârșirea unei noi infracțiuni împiedică reproducerea efectelor definitive ale suspendării până la clarificarea situației infracțiunii săvârșite în perioada termenului de încercare. Până atunci termenul de încercare continuă să curgă. Dacă după împlinirea termenului de încercare se comite o nouă infracțiune aceasta nu va avea nicio influență asupra suspendării executării pedepsei. S-a considerat că *descoperirea tardivă* a infracțiunii este o carență a autorităților, iar o revocare a suspendării după trecerea unui timp îndelungat n-ar mai produce efectele pe care le implică această instituție⁶.

⁴ George Antoniu, Tudorel Toader (coordonatori), Alexandru Boroi, Versavia Brutaru, Bogdan Nicolae Bulai, Costică Bulai, Ștefan Daneș, Constantin Duvac, Mioara-Ketty Guiu, Ion Ifrim, Constantin Mitrache, Cristian Mitrache, Ioan Molnar, Ion Ristea, Constantin Sima, Vasile Teodorescu, Ioana Vasiu, Adina Vlășceanu, *Explicațiile noului cod penal*, vol. II, art. 53-187, Ed. Universul Juridic, București, p. 183.

⁵ Vasile Păvăleanu, *Drept penal general*, Ed. Pro Universitaria, 2020, p. 415.

⁶ George Antoniu, Tudorel Toader (coordonatori), Alexandru Boroi, Versavia Brutaru, Bogdan Nicolae Bulai, Costică Bulai, Ștefan Daneș, Constantin Duvac, Mioara-Ketty Guiu, Ion Ifrim, Constantin Mitrache, Cristian

Dacă infracțiunea s-a comis în termenul de încercare și s-a descoperit până la împlinirea termenului, instanța dispune revocarea măsurii suspendării executării pedepsei sub supraveghere. În acest caz pedeapsa pentru noua infracțiune se execută cumulativ cu pedeapsa anterioară. S-a considerat că infractorul săvârșind o nouă infracțiune deși a fost avertizat asupra consecințelor merită un tratament mai sever. El a nesocotit încrederea care i s-a acordat și a dovedit un grad mai ridicat de pericolozitate ca atare condamnatul va executa ambele sancțiuni. S-a avut în vedere că o eventuală agravare pentru recidivă ar însemna o dublă agravare (executarea cumulativă a pedepselor plus sporul de pedeapsă pentru recidivă).

Legiuitorul a prevăzut și o excepție de la regula după care săvârșirea unei noi infracțiuni în timpul termenului de încercare atrage revocarea suspendării și anume când este vorba de o infracțiune *săvârșită din culpă*. În acest caz, instanța poate să dispună din nou suspendarea condiționată a executării pedepsei. Ca atare nu mai are loc revocarea suspendării condiționate a executării pedepsei primei pedepse. Această dispoziție este corolarul regulii cuprinsă în același text după care instanța poate să dispună suspendarea executării pedepsei în cazul infracțiunilor săvârșite din culpă, chiar dacă infractorul a fost condamnat anterior cu suspendarea condiționată a executării pedepsei. S-a considerat că în cazul acestor infracțiuni nu se poate vorbi despre existența unei perseverențe infracționale, cel mult instanța va verifica dacă infractorul nu cumva are multiple comportări neglijente ceea ce ar face discutabilă, în acest caz, suspendarea condiționată a executării pedepsei.

Dacă instanța va dispune suspendarea executării pedepsei și pentru noua infracțiune cele două suspendări vor exista paralel fiecare cu termenul său de încercare pentru prima condamnare cel în cauză ar săvârși a treia infracțiune, revocarea primei suspendări va atrage și revocarea celei de a doua, pedepsele urmând să se execute cumulativ toate. Dacă pedeapsa suspendată condiționat a fost grațiată total sau parțial, prin revocare, condamnatul va executa numai partea de pedeapsă anterioară negrațiată; aceasta se va cumula cu noua sancțiune.

Neîndeplinirea obligațiilor civile rezultate din infracțiune atrage *revocarea facultativă* a suspendării executării pedepsei.

În adevăr, dacă până la expirarea termenului de încercare condamnatul nu a *îndeplinit obligațiile civile* stabilite prin hotărârea de condamnare instanța poate dispune revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere, afară de cazul când cel condamnat dovedește că *nu a avut* puțința de a îndeplini acele obligații.

În această situație, de observat că în cazul obligațiilor civile inculpatul trebuie să le achite până la data expirării termenului de încercare, în afară de cazul în care s-a aflat în imposibilitate de a satisface această obligație. Sancțiunea neîndeplinirii acestor obligații în termenul arătat, dacă condamnatul avea puțința să o facă, va fi revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere. Această ipoteză nu se compară cu obligația condamnatului, în cazul infracțiunilor prin care a produs o pagubă de a achita integral paguba sau de a prezenta o garanție a unei societăți de asigurare că despăgubirea va fi achitată. Îndeplinirea acestei obligații, în cazul arătat, constituie *o condiție* a dispunerii suspendării executării pedepsei sub supraveghere. Revocarea în cazul neexecutării obligațiilor civile se referă *la alte situații* decât cele de mai sus (când despăgubirile civile nu constituie contravaloarea pagubei materiale produse prin infracțiune) de exemplu, în cazul infracțiunilor contra persoanei, autorul poate fi obligat la plata unor despăgubiri civile față de victimă, ori față de soția ori copii, (dacă victima a decedat din cauza faptei inculpatului). Această posibilitate de revocare a suspendării acordată instanței de judecată pentru neexecutarea

obligățiilor civile are la bază ideea că cel condamnat nu a manifestat dorința de îndreptare; neîndeplinirea obligațiilor de mai sus pune sub semnul îndoielii aptitudinile condamnatului de a se îndrepta fără executarea pedepsei. În acest caz *reaua – credință* a condamnatului este prezumată. Dacă acesta face dovada că s-a aflat în imposibilitate de a-și îndeplini obligațiile menționate și instanța apreciază că probele prezentate sunt temeinice, nu mai poate revoca suspendarea executării pedepsei sub supraveghere.

Tot *până* la expirarea termenului de încercare este posibil să se descopere că cel condamnat mai săvârșise o infracțiune înainte de pronunțarea hotărârii prin care s-a dispus suspendarea sau până la rămânerea definitivă a acesteia, chiar dacă pedeapsa închisorii s-a aplicat pentru această infracțiune după expirarea termenului de încercare. În acest caz instanța dispune *anularea* suspendării executării pedepsei. Acest efect nu se produce dacă infracțiunea care ar fi putut atrage anularea a fost descoperită *după* expirarea termenului de încercare.

Necesitatea anulării suspendării executării pedepsei este impusă de faptul că în acest caz suspendarea s-a dispus fără ca cel în cauză să fi îndeplinit condițiile cerute de lege în ce privește fapta și persoana făptuitorului. Or, acesta poate să conducă la rezultate contrarii celor urmărite prin această instituție.

Anularea măsurii suspendării executării pedepsei sub supraveghere se pronunță, firește, când nedescoperirea infracțiunii anterioare comisă de condamnat se datorește necunoașterii situației ar fi nedrept ca cel condamnat să profite de împrejurarea menționată. Totodată ar fi periculos ca un condamnat care nu prezintă nicio garanție de îndreptare, să fie lăsat în stare de libertate beneficiind de o favoare la care nu era îndreptătit⁷.

Dacă necunoașterea situației de mai sus este imputabilă instanței, deoarece existau la dosar datele necesare însă judecătorii nu le-au observat ori le-au evaluat eronat, îndreptarea omisiunii sau erorii instanței are loc pe calea apelului, recursului sau pe calea recursului în anulare.

În măsura în care instanța constată că este cazul anulării suspendării executării pedepsei sub supraveghere, odată cu anularea măsurii va face aplicarea dispozițiilor referitoare la concursul de infracțiuni sau recidivă, după cum infracțiunea nou descoperită se afla în vreuna din aceste situații în raport cu infracțiunea pentru care s-a dispus măsura suspendării executării pedepsei (de pildă, pentru infracțiunea descoperită ulterior cel condamnat a executat integral pedeapsa, astfel că, infracțiunea următoare s-a săvârșit în stare de recidivă postexecutorie; ori este posibil ca infracțiunea descoperită să nu fi fost judecată definitiv până la săvârșirea infracțiunii pentru care s-a dispus suspendarea executării pedepsei, iar pedeapsa închisorii să i se fi aplicat condamnatului ulterior chiar după expirarea termenului de încercare; în acest caz va exista concurs de infracțiuni⁸).

Este important că revocarea *nu* are loc dacă infracțiunea săvârșită ulterior a fost descoperită după expirarea termenului de încercare. De asemenea, instanța poate să *nu* revoce suspendarea dacă infracțiunea ulterioară a fost comisă din culpă și instanța a decis să suspende executarea și acestei pedepse. În acest caz ambele sancțiuni cu suspendare vor exista paralel. La stabilirea pedepsei pentru infracțiunea săvârșită după rămânerea definitivă a hotărârii de suspendare nu se mai aplică sporul prevăzut de lege pentru recidivă. Soluția se justifică pentru a se evita o dublă agravare a situației condamnatului.

Tot astfel, dacă cel condamnat nu-și exercită obligațiile civile până la expirarea termenului de încercare, instanța poate dispune revocarea suspendării executării pedepsei sub supraveghere, afară de cazul când cel condamnat dovedește că nu a avut putința de a îndeplini acele obligații. În

⁷ Mihail Udrioiu, *Sinteze de drept penal. Partea generală*, Ed. C.H.Beck, București, 2020, p. 713.

⁸ George Antoniu, Tudorel Toader (coordonatori), *Explicațiile noului cod penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 222.

consecință, instanța sesizată dispune revocarea numai în cazul în care se *constată* reua-credință a persoanei condamnate în nerespectarea măsurilor de supraveghere ori nu a putut executa obligațiile. În acest sens, în practica judiciară⁹, într-o speță, instanța a respins cererea de revocare a suspendării executării pedepsei sub supraveghere, constând că persoana condamnată nu s-a putut prezenta la termenul fixat la judecătorul desemnat cu supravegherea sa, întrucât a fost în imposibilitatea de a se prezenta, fiind plecat în străinătate în interes de serviciu, așa cum rezultă din copia pașaportului și copia unei diplome care certifică efectuarea unor studii în străinătate în perioada care include termenul fixat, și nici nu a avut cunoștință despre acest termen.

Există însă, anumite *obligații specifice* acestei modalități de suspendare a executării pedepsei sub supraveghere. De observat că pentru îndeplinirea acestor, obligații specifice suspendării executării pedepsei sub supraveghere, legiuitorul a prevăzut soluții alternative; instanța poate sau să revoce suspendarea executării pedepsei sub supraveghere dispunând executarea în întregime a pedepsei, după cum poate să prelungească numai termenul de încercare. Aprecierea instanței va depinde de comportarea condamnatului, de cauzele neîndeplinirii obligațiilor specifice prevăzute de lege și pe această bază va decide dacă este sau nu cazul să-l oblige pe condamnat să execute pedeapsa închisorii, ori să-i prelungească termenul de încercare, dându-i astfel posibilitatea să obțină în final reabilitarea de drept.

În perioada termenului de încercare este posibil ca instanța să constate că cel condamnat mai *săvârșise anterior o infracțiune înainte* de pronunțarea hotărârii prin care s-a dispus suspendarea sub supraveghere sau până la rămânerea definitivă a acesteia și pentru care i s-a aplicat pedeapsa închisorii chiar după expirarea termenului de încercare. În acest caz instanța dispune *anularea* suspendării condiționată a executării pedepsei sub supraveghere, aplicându-se după caz dispozițiile privitoare la concurs sau la recidivă, anularea suspendării executării pedepsei nu are loc dacă infracțiunea care ar fi putut atrage anularea a fost descoperită *după* expirarea termenului de încercare¹⁰.

Din dispozițiile legale, dispoziții de strictă interpretare și aplicabilitate, rezultă clar că în unele situații, nu se înțelege însă în ce ar consta aplicarea în mod corespunzător a alin. (1) al art. 96, care reglementează revocarea pentru nerespectarea cu *rea-credință* a măsurilor de supraveghere sau neexecutarea cu *rea-credință* a obligațiilor. Prin urmare, propunem de *lege ferenda*, condițiile și consecințele menținerii suspendării executării pedepsei sub supraveghere ar trebui *clarificate*, prin completarea textului art. 96 alin. (6) C. pen.

⁹ Voicu Pușcașu, Cristinel Ghigheci, *Codul penal, adnotat, vol. I, Partea Generală*, Ed. Universul Juridic, București, 2021, p. 421. ICCJ, s.pen., dec., nr. 39996 din 21 iunie 2006, www.scj.ro.

¹⁰ Tudorel Toader, Maria-Ioana Michinici, Anda Crișu-Ciocântă, Mihai Dunea, Ruxandra Răducanu, Sebastian Rădulețu, *Noul cod penal. Comentarii pe articole*. Ed. Hamangiu, 2014, p. 188.

Analiza cantitativă privind victimele traficului de persoane în/din România (2020-2021)

[Quantitative Analysis of Victims of Human Trafficking in/from Romania (2020-2021)]

CS III, dr. Aura PREDA*

Abstract: The article briefly presents the legislation in Romania regarding the protection of victims, as it was amended, but also quantitative and qualitative aspects regarding a certain type of victims from the years 2020-2021. In the pandemic context, it is relevant to discuss the challenges imposed by Covid -19 on some types of victims. Due this we were focused at victimism of human trafficking during the period between 2020-2021. The author tries to make a comparative quantitative analysis on the mentioned years, within the limits of the data obtained from our national agency specialized in monitoring and preventing this phenomenon (ANITP).

Keywords: Antitafficking Entities; The Covid-19 Pandemic; Quantitative Analyses; Victimization; Prevention Measures; Legislative Framework

1. Premise teoretice

Așa cum se afirmă în literatura de specialitate, în cea de-a doua jumătate a secolului al XX-lea, s-au iscat discuții cu privire la includerea victimei în obiectul de studiu al criminologiei¹ (ca fiind al patrulea element specific al obiectului de studiu, într-o abordare cronologică a acestuia). Astfel, s-a reproșat că studiile criminologice s-au concentrat prea mult asupra infractorului, în detrimentul studiului victimologic (tipuri de victimizare/victime). În acest sens, unele studii criminologice, mai ales, în cazul infracțiunilor contra persoanei și contra proprietății, au subliniat adeseori existența a unei legături, chiar a unei relații între infractor și victimă anterior infracțiunii. Asemenea aspecte ar trebui să fie avute în vedere într-un model cauzal complex.

2. Cadrul legislativ

2.1. European

2.1.1 Directiva 2004/80/CE privind despăgubirea victimelor criminalității²

Directiva impune ca toate țările UE să aibă sisteme de despăgubire a victimelor criminalității transfrontaliere, premeditate săvârșite prin violență pe propriile teritorii. Practic, aceste mecanisme de despăgubire sunt lăsate la dispoziția fiecărei țări a UE, pentru ca, ulterior, pe baza acestor sisteme naționale să se stabilească un sistem de cooperare la nivelul UE.

* Conf.univ.dr., Facultatea de Științe Juridice și Științe Administrative – București, Universitatea „Spiru Haret”; cercetător științific III, Institutului de Cercetări Juridice „Acad. Andrei Rădulescu”, din cadrul Academiei Române, București, <https://orcid.org/0000-0002-5921-2222>; aurapreda7@yahoo.ro

¹ Stănoiu R.M., *Criminologie*, ed. a VII-a, revăzută și adăugită, Ed. Oscar Print, București, 2006, p. 25.

² JO-L 261, 06.8.2004, pp. 15-18.

2.1.2. Directiva 2011/36/UE a Parlamentului European și a Consiliului din 5 aprilie 2011 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane și protejarea victimelor acestuia³, precum și de înlocuire a Deciziei-cadru 2002/629/JAI a Consiliului

Directiva instituie norme minime privind definirea infracțiunilor și a sancțiunilor penale în materie de trafic de persoane. În cadrul directivei se definește **traficul de persoane raportat la diferite forme de exploatare**⁴: „exploatarea activităților de cerșit”, „exploatarea activităților infracționale”⁵, în scopul prelevării de organe, adopția ilegală sau căsătoria forțată, toate acestea doar în măsura în care acestea prezintă elementele constitutive ale traficului de persoane.

Directiva introduce, de asemenea, dispoziții comune, ținând seama de perspectiva de gen, deși adesea subiecții traficului sunt exploatați în scopuri diferite. Din acest motiv, măsurile de asistență și sprijin ar trebui să fie și ele însele diferențiate în funcție de gen, acolo unde este cazul. Factorii declanșatori pot să difere în funcție de formele pe care le îmbracă, și, respectiv, de sectoarele implicate, cum ar fi traficul de persoane în industria sexului sau pentru exploatarea muncii (cazul lucrărilor din sectorul construcțiilor, sectorul agricol sau chiar aservirea domestică)⁶.

Deopotrivă, directiva prevede măsuri specifice de protecție pentru orice victimă a traficului de persoane, fiind enumerate ca fiind vulnerabile următoarele categorii: copiii, persoane însărcinate, persoane cu o sănătate precară (un eventual handicap).

Evitarea **victimizării suplimentare** presupune ca victimele traficului de persoane ar trebui să nu fie urmărite penal sau pedepsite pentru acte infracționale (săvârșite în perioada traficului) precum utilizarea de documente false sau pentru infracțiuni prevăzute de legislația în materie de prostituție sau imigrație, pe care acestea au fost obligate să le săvârșescă drept consecință directă a faptului că au făcut obiectul traficului. Obiectivul unei astfel de protecții este acela de a garanta respectarea drepturilor omului în ceea ce privește victimele, și, cel puțin teoretic, de a le încuraja să se prezinte ca martori în procedurile penale împotriva autorilor infracțiunii de trafic de persoane⁷.

În acest context, se impun definiții ale unor concepte ce se circumscriu tematicii victimizării. Este vorba despre **re-victimizarea**⁸ procesul de transformare a unei victime a unei infracțiuni într-o victimă a unei noi infracțiuni, respectiv procesul de transformare a unei victime a unui abuz de putere într-o victimă a unui nou abuz.

Alte prevederi se referă la urmărirea penală față de care se recomandă să fie permisă pe o perioadă de timp suficient de lungă, după ce victima a atins vârsta majoratului, dar și la necesitatea ca cei care efectuează această urmărire penală, adică reprezentanții autorităților de aplicare a legii și procurorii să beneficieze de o formare profesională adecvată.

2.1.3. Directiva 2011/99/UE privind ordinul european de protecție (OEP) în materie penală⁹

³JO- L 101, 15.4.2011, pp. 1-11.

⁴ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0036&from=MT>, accesat în data de 28. 02.2023.

⁵ exploatare a unei persoane pentru ca aceasta să săvârșescă, între altele, furt din buzunare, din spații comerciale, trafic de droguri și alte activități similare care fac obiectul unor sancțiuni și implică un câștig financiar.

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:101:0001:0011:RO:PDF>, accesat în data de 15.02.2023.

⁷ Diaconu, N., *Preocupări juridice internaționale privind protecția victimelor criminalității transfrontaliere*, în vol. *Repere privind Victimologia, victimizarea și victimele în/din România*, coord. Aura Marcela Preda, Ed. Sitech, 2022, p. 206.

⁸ Groza, D., *Drepturile victimei. Recuperarea din uitare*, Ed. Lumen, 2006, p. 28.

⁹ JO- L 338, 21.12.2011, p. 2-18.

Directiva permite victimelor violenței, implicit celor ce sunt subiecți ai traficului, dar și cele ale violenței domestice și ale hărțuirii, să beneficieze în continuare de protecție împotriva autorilor atunci când se mută în altă țară a Uniunii Europene. Pentru a emite un ordin european de protecție, trebuie să existe o măsură națională de protecție, încă în vigoare în respectiva țară UE. Acel ordin anterior impune persoanei care reprezintă un pericol una sau mai multe dintre următoarele interdicții sau restricții¹⁰:

- *interdicția de a se deplasa în anumite locuri sau zone definite în care își are reședința persoana protejată sau pe care le vizitează;*
- *o interdicție sau o reglementare a contactului, sub orice formă, cu persoana protejată, inclusiv la telefon, prin mijloace electronice sau prin poștă obișnuită, prin fax sau orice alte mijloace; sau*
- *o interdicție sau o reglementare a apropierii de persoana protejată la o distanță mai mică decât cea prevăzută.*

2.1.4. Directiva 2012/29/UE de stabilire a unor norme minime privind drepturile, sprijinirea și protecția victimelor criminalității¹¹

Directiva privind protecția victimelor constituie, până în prezent, cea mai importantă evoluție legislativă în ceea ce privește drepturile victimelor la nivelul UE¹².

Principalele obiective ale directivei constau în a asigura că victimele criminalității primesc informații, sprijin și protecție corespunzătoare și că pot participa la procedurile penale indiferent unde a apărut prejudiciul în UE.

Directiva stabilește norme minime pentru victimele tuturor tipurilor de criminalitate, indiferent de naționalitatea sau de statutul victimelor din punctul de vedere al reședinței. Conform directivei, membrii familiei victimelor decedate sunt considerați victime.

Directiva stabilește victimelor următoarele drepturi¹³:

- *de a fi audiați în fața instanței;*
- *de revizuire a hotărârii unei instanțe de neîncepere a urmăririi penale;*
- *de a li se rambursa cheltuielile;*
- *de a primi consiliere și reprezentare juridică;*
- *de a beneficia de cazări adecvate și sigure și acordarea de asistență materială,*
- *de a primi tratamentul medical necesar*
- *de a beneficia de asistență psihologică, consiliere și informare și, dacă este cazul, de servicii de traducere și interpretariat*
- *de a dispune de asistență și sprijin înainte și pe parcursul procedurilor penale, dar și pentru o perioadă de timp corespunzătoare după finalizarea acestora, chiar și un set minim de măsuri pentru a permite victimei să se refacă și să se îndepărteze/scape de traficanți.*

Prin directivă se impune o **evaluare individuală a riscului** de victimizare conform procedurilor naționale, tocmai pentru ca victimele să fie protejate împotriva represaliilor, a intimidării și a riscului de a deveni din nou obiectul traficului. Și în această directivă se fac referiri

¹⁰<https://eur-lex.europa.eu/RO/legal-content/summary/european-protection-order-supporting-crime-victims-eu-wide.html>

¹¹ Publicată în JOUE – L315/57 14.11.2012 RO J L315/57. În România armonizarea cu dreptul unional s-a realizat prin Legea nr. 97/2018.

¹²https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-victims-crime-eu-support_summary_ro_0.pdf

¹³<https://eur-lex.europa.eu/RO/legal-content/summary/better-protection-for-victims-in-criminal-proceedings.html>

la **victimizarea secundară**, înțelegând prin aceasta protejarea victimei de orice noi traume în cursul procedurii penale. Evaluarea individuală a situației personale a victimei, realizată de către autoritățile competente, presupune ca victimele traficului de persoane beneficiază de un tratament specific, menit să prevină **victimizarea secundară** prin evitarea:

- (a) repetării fără motive întemeiate a audierilor în cadrul procedurilor penale;
- (b) contactului vizual între victime și acuzați, inclusiv pe parcursul depunerii mărturiei, de ex. în timpul audierilor și al confruntărilor, prin mijloace adecvate, inclusiv prin utilizarea unor tehnologii adecvate de comunicații;
- (c) depunerii mărturiei în ședință publică;
- (d) adresării de întrebări inutile privind viața privată.

Toate manualele de Criminologie și Victimologie ar trebui să diferențieze aceste tipuri de victimizare: primară, secundară¹⁴ și suplimentară.

Iată că, și în cadrul acestei directive sunt disponibile măsuri specifice de protecție pentru copiii care au fost victime ale traficului, măsuri specifice de asistență, sprijin și protecție. Acestea ar trebui să vizeze în primul rând recuperarea fizică și psihosocială a acestora și ar trebui să aibă în vedere o soluție durabilă pentru persoana în cauză. De asemenea, accesul la educație ar ajuta copiii să se reintegreze în societate. Se impun măsuri de protecție suplimentare pentru a proteja acești copii pe durata audierilor în cadrul procedurilor penale, inclusiv asigurarea consilierii juridice și reprezentării juridice gratuite. Asemănări cu *Directiva 2011/36/UE regăsim și atunci când se vorbește despre* victimele traficului care ar trebui, în cursul procedurilor penale, să beneficieze de **un tratament adaptat necesităților lor specifice** (vârsta acestora, posibila existență a unei sarcini, starea de sănătate a acestora, precum și de consecințele fizice și psihologice ale activității infracționale la care a fost supusă victima).

Tot în sfera protecției copiilor se încadrează și prevederea privind numirea, dacă este cazul, a unui tutore și/sau a unui reprezentant pentru a garanta interesul superior al minorului, propunându-se în acest sens să se ia în cel mai scurt timp posibil o decizie privind viitorul fiecărui copil victimă neînsoțit, în vederea găsirii unor soluții durabile (de ex., returnarea și reintegrarea în țara de origine, integrarea în comunitate, acordarea unor statute de protecție în conformitate cu dreptul intern al statelor membre).

De asemenea, și în această directivă se subliniază necesitatea pregătirii speciale a funcționarilor susceptibili să intre în contact cu victimele sau cu potențiale victimele ale traficului de persoane¹⁵ pentru a fi în măsură să identifice victimele autentice și să se ocupe de ele.

2.2. Național

La această secțiune vom avea în vedere atât modul în care s-a transpus ultima directivă, cât și legea specială din România.

În ceea ce privește transpunerea în legislația internă a ultimei directive, trebuie să menționăm că acest proces a fost unul etapizat, căci s-a făcut pe parcursul a două perioade.

Primul termen limită pentru conformitatea cadrului de reglementare intern cu prevederile Directivei a fost 16 noiembrie 2015, conform art. 27 din capitolul VI: „*Statele membre pun în vigoare actele cu putere de lege și actele administrative necesare pentru a se conforma prezentei directive până la 16 noiembrie 2015*”.

¹⁴ Villacampa, C. (coord.), *Introducción a la victimología*, Ed. Síntesis, Spania, 2019, p. 28.

¹⁵ De ex., următoarele categorii de personal: polițiști, grăniceri, funcționari din serviciile de imigrare, magistrați și personal judiciar, inspecții de muncă, personal din serviciile sociale sau de îngrijire a copilului, personal medical, precum și funcționari consulari, însă ar putea include, în funcție de situația locală, și alte categorii de funcționari publici

Din punct de vedere cronologic, primul pas legislativ în această direcție, pentru România, a fost la 18 mai 2016 când Guvernul a adoptat O.U.G. nr. 18/2016 pentru modificarea și completarea Legii nr. 286/2009 privind Codul penal, Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, precum și pentru completarea art. 31 alin. (1) din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară.

În consecință, ordonanța enumeră ce articole din directivă sunt transpuse. Este vorba despre articolele: art. 5 alin. (2), art. 6 alin. (5) teza întâi, art. 7 alin. (2), (3), (4), art. 11 alin. (3), art. 20 lit. a)-c), art. 22 alin. (3), (4) și (6), art. 23 alin. (1) și (2), lit. a)-d), art. 24 alin. (1) lit. a) și alin. (2) din Directiva 2012/29/UE, ceea ce nu înseamnă o transpunere completă. De aceea, România a fost unul dintre statele membre ale Uniunii Europene (UE) care a notificat doar transpunerea parțială a directivei cu excepția:

- ▶ *art. 8 – Dreptul de acces la serviciile de sprijin pentru victime*
- ▶ *art. 9 – Servicii de sprijin pentru victime*
- ▶ *art. 22 – Evaluarea individuală a victimei pentru a identifica nevoile specifice de protecție în funcție de tipul infracțiunii.*

Ulterior, în data de 8 noiembrie 2018, Comisia Europeană a emis avizul motivat în cauza 2016/0142 – acțiune în constatarea neîndeplinirii obligațiilor având ca obiect necomunicarea măsurilor naționale de transpunere a Directivei 2012/29/UE, invitând România să adopte măsurile necesare pentru a se conforma avizului motivat în termen de două luni de la primirea acestuia de către autoritățile române, respectiv până la data de 8 ianuarie 2019¹⁶.

Împotriva României a fost aplicată procedura de infringement (încălcare a dreptului comunitar) de către Comisia Europeană.

Sub presiunea Comunicării C (2017)8720, intitulată actualizarea datelor pentru calcularea sumei forfetare și a penalităților cu titlu cominatoriu pe care Comisia ar fi urmat să le propună Curții de Justiție în cadrul procedurii de constatare a neîndeplinirii obligațiilor, Comisia ar fi putut să propună CJUE aplicarea următoarele sancțiuni pecuniare, pentru țara noastră: suma forfetară minimă de 1.887.000 euro și penalități cominatorii între 2.289 și 137.340 euro per zi de întârziere.

Pentru a evita aceste sancțiuni, Guvernul României și-a asumat responsabilitatea și a adoptat O.U.G. nr. 24/2019 pentru modificarea și completarea Legii nr. 211/2004 privind anumite măsuri pentru asigurarea protecției victimelor infracțiunilor, precum și alte acte normative. Această ordonanță este singurul act normativ adoptat care face referire în preambul la această directivă și la eventualele sancțiuni pentru țara noastră. O.U.G. a fost aprobată prin Legea nr. 208/2019 (noiembrie).

Referitor la conținutul ordonanței, punctăm faptul că aceasta aduce modificări substanțiale Legii nr. 211 din 27 mai 2004 privind unele măsuri pentru asigurarea informării, sprijinirii și protecției victimelor infracțiunilor, dar și altor acte normative, precum *Legii nr. 217/2003 pentru prevenirea și combaterea violenței în familie* și *Legii nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane*.

În ceea ce privește legea nr. 211/2004, însuși titlul legii a fost modificat, anterior numindu-se „*privind unele măsuri pentru asigurarea protecției victimelor infracțiunilor*”. Datorită directivei au fost modificate 15 articole din Legea nr. 211 din 27 mai 2004, din totalul de 37 articole.

Între prevederile nou-introduse în legea menționată reținem definiția în art. 3⁴, lit. e) a **victimizării secundare**¹⁷ trauma suferită de victimă, care nu apare ca un rezultat direct al faptei penale, ci prin reacția față de victimă a instituțiilor și a persoanelor cu care aceasta intră în contact.

¹⁶ <https://lege5.ro/Gratuit/gmzdomjrhe2a/ordonanta-de-urgenta-nr-24-2019-pentru-modificarea-si-completarea-legii-nr-211-2004-privind-unele-masuri-pentru-asigurarea-protectiei-victimelor-infraciunilor-precum-si-a-altor-acte-normative>.

¹⁷ <https://www.snppc.ro/uploads/fisiere/articole/Legea-211-2004.pdf>.

Deși directiva atenționează asupra riscului de victimizare, ne întrebăm dacă, în condițiile în care, pentru evaluarea individuală, o victimă este îndrumată către DGASPC, iar acolo trebuie să vorbească cu 3 tipuri de specialiști despre aceeași traumă, chiar dacă din unghiuri diferite, conform art. 3¹ „(1) În vederea acordării serviciilor de sprijin și protecție pentru victimele infracțiunilor, în structura organizatorică a fiecărei direcții generale se înființează un compartiment pentru sprijinirea victimelor infracțiunilor, structură în cadrul căreia vor funcționa cel puțin **trei specialiști, respectiv: asistent social, psiholog, consilier juridic**”, cum percepe victima aceste evaluări. Putem vorbi și în aceste situații despre un alt tip de victimizare dacă victima a intrat înainte în contact cu alte categorii de funcționari și/sau medici, reluarea unor întrebări nu produce un disconfort similar victimizării?

La acest moment, în București nu au reușit decât DGASPC sect. 1 și DGASPC sect. 5 să înființeze acest *Compartiment pentru sprijinirea victimelor infracțiunilor*: DGASPC sect. 1¹⁸, a înființat Compartimentul pentru Sprijinirea Victimelor Infracțiunilor pentru care au menționat atribuțiile mixte¹⁹, iar la DGASPC sect. 5, în cadrul **Direcției Asistență Socială Persoane Adulte funcționează** serviciul Asistentă Socială Persoane Adulte, în cadrul căruia există și *Compartimentul pentru Sprijinirea Victimelor Infracțiunilor* (așa cum prevede Directiva 2012/29/UE)²⁰. Eforturi se fac și la DGASPC sect.2, dar nu au fost încă finalizate corespunzător. Raportat la cele două DGASPC putem observa că sunt subordonate unor direcții/servicii diferite.

Legea nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane oferă cadrul legislativ intern în ceea ce privește această formă de criminalitate. Legea a fost modificată de mai multe ori, respectiv în anii 2004, 2005, 2010 (în special art. 32), 2011, 2012, 2013, reflectând etapizat, schimbările în plan economic, social și politic pe care România le-a traversat în ultimii ani²¹.

3. Analize cantitative și calitative

Traficul de persoane și violența domestică sunt forme ale criminalității care se manifestă demult și complex și care au făcut obiectul unor directive europene și a legislațiilor naționale. Urmare a acestei complexități, identificăm multiple perspective de analiză: juridică, economică, psihologică, sociologică, inclusiv prin prisma drepturilor omului. Reflectând această abordare, la nivelul entităților implicate în prevenirea și controlul social al traficului de persoane (autorități publice și ONG-uri) regăsim diferite categorii de specialiști (consilieri juridici și avocați specializați, asistenți sociali, psihologi și psihoterapeuți, contabili etc.).

¹⁸<http://www.dgaspc-sectorul1.ro/UPLOAD/2021/Protec%C8%9Bia%20Copilului/COMPARTIMENTUL%20PENTRU%20SPRIJINIREA%20VICTIMELOR%20INFRAC%C8%9BAIUNILOR.pdf>

¹⁹ Compartimentul pentru sprijinirea victimelor infracțiunilor (locația: București, Sector 1, B-dul Maresal Al. Averescu nr. 17, aflat în subordonarea directă a șefului serviciului Violentă asupra Copilului) îndeplinește următoarele atribuții principale: a. informare privind drepturile victimei; b. consiliere psihologică, consiliere cu privire la riscurile de victimizare secundară și repetată sau de intimidare și răzbunare; c. consiliere privind aspectele financiare și practice subsecvente infracțiunii; d. servicii de inserție/reinserție socială; e. sprijin emoțional și social în scopul reintegrării sociale; f. informații și consiliere cu privire la rolul victimei în cadrul procedurilor penale, inclusiv pregătirea pentru participarea la proces. Aceste servicii de informații și consiliere nu includ asistența juridică gratuită a victimelor unor infracțiuni prevăzută la art. 14 – 20 ori asistența juridică a persoanei vătămate prevăzută în Legea nr. 135/2010 privind Codul de procedură penală, cu modificările și completările ulterioare; g. îndrumarea victimei către alte servicii specializate, atunci când este cazul: servicii sociale, serviciile medicale, servicii de ocupare, de educație sau alte servicii de interes general acordate în condițiile legii. h. colaborează cu celelalte compartimente din cadrul instituției pentru îndeplinirea corespunzătoare a atribuțiilor.

²⁰ <https://dgaspc5.ro/despre-noi/structura/>, accesat în data de 09.03.2022.

²¹ <https://anip.mai.gov.ro/legislatie/>, accesat în data de 07.03.2022.

Principalele autorități publice implicate în prevenirea și controlul social al traficului de persoane sunt: Ministerul Afacerilor Interne (Agenția Națională împotriva traficului de persoane-ANITP), Ministerul Afacerilor Externe, Ministerul Familiei, Tineretului și Egalității de Șanse, Ministerul Muncii și Solidarității sociale, Ministerul Afacerilor Interne, Ministerul Educației, Ministerul Sănătății, Ministerul Justiției, Ministerul Public, autoritățile administrației publice locale, precum și alte organe guvernamentale cu atribuții în domeniul traficului de persoane. ANITP pune la dispoziție anual (de regulă, la sfârșitul lunii martie) rapoartele de activitate cu privire la caracteristicile acestui fenomen în țara noastră²².

Caracteristicile traficului de persoane în 2020 și 2021 sunt surprinse în următoarele numere și procente:

- ▶ traficul intern a fost de 53,8% din total (2020)²³;
- ▶ populația minorilor exploatați, în diverse modalități, a constituit 56% din numărul total al victimelor identificate;
- ▶ exploatarea sexuală a victimelor identificate și înregistrate în sistemul antitrafic românesc include prostituția forțată, precum și actele de pornografie infantilă, 76% dintre victime fiind astfel exploatare (2021);
- ▶ peste 80% dintre victime au fost recrutate direct (2020);
- ▶ rețelele sociale contribuie la creșterea vulnerabilității la traficarea, cel puțin 21% dintre victime au fost recrutate pentru trafic prin internet (2021)²⁴;
- ▶ statisticile privind traficul de persoane și dosarele penale arată o creștere a pornografiei infantile la nivel național, situație care poate fi atribuită atât restricțiilor de izolare impuse din cauza pandemiei de COVID-19, cât și utilizării internetului și digitalizării intense din ultimii ani²⁵.

Principalii indicatori, propuși de către autor, la care se referă graficele care privesc caracteristicile acestui fenomen în anii 2020 și 2021:

- *repartizarea multianuală a victimelor identificate*;
- *distribuția după vârstă și gen*;
- *forme de exploatare*;
- *nivelul de educație al victimelor*;
- *zona de proveniență a victimelor*;

În ceea ce privește indicatorul *Repartizarea multianuală a victimelor identificate*, am ales ultimii 5 ani disponibili pentru a avea o percepție clară asupra evoluției fenomenului prin prisma cifrelor așa cum menționez și în denumirea graficului, este vorba doar despre *victimele identificate* pentru infracțiunile ce constituie trafic de persoane în legislația națională²⁶. Această precizare este necesară întrucât nu se exclude existența unei cifre negre a victimizării (multe victime evitând mecanismul de referire național). Cea de-a doua precizare constă în faptul că, de multe ori,

²² Întrucât până la momentul predării acestui material nu a fost postat raportul pentru anul 2022, am valorificat datele anterioare disponibile pentru întocmirea unor grafice.

²³ <https://anitp.mai.gov.ro/raport-anual-privind-fenomenul-traficului-de-persoane>, accesat în data de 10.01.2023.

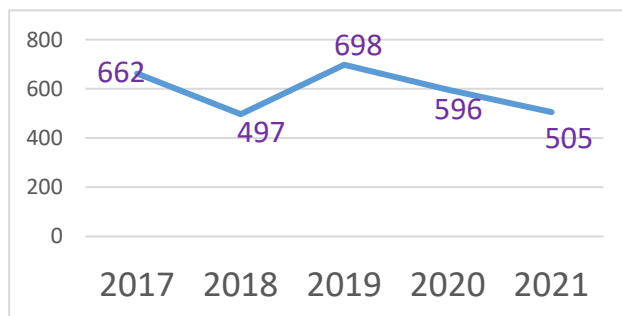
²⁴ <https://anitp.mai.gov.ro/raport-anual-privind-fenomenul-traficului-de-persoane-in-2021/>, accesat în data de 15.01.2023.

²⁵ <https://anitp.mai.gov.ro/legislatie/>, accesat în data de 20.01.2023.

²⁶ conform Legii nr. 678/2001 privind prevenirea și combaterea traficului de persoane, legea se referă la următoare infracțiuni: Trafic de persoane (art. 210 CP), Trafic de minori (art. 211 CP), Exploatarea unei persoane (art. 182 CP), Pornografie infantilă (art. 374 CP), Facilitarea șederii ilegale în România (art. 264 CP).

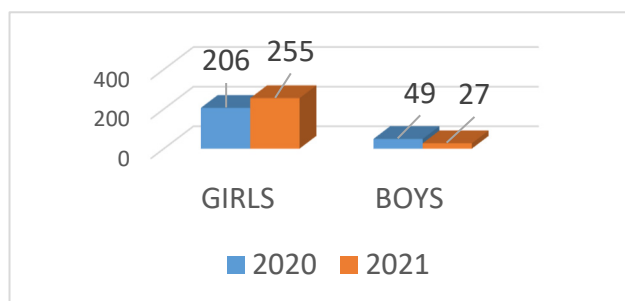
victimele apelează la sistemul de protecție socială (DGASPC și /sau ONG-uri specializate²⁷ și nu doresc să depună plângere penală)²⁸.

Graficul nr. 1 *Repartizarea multianuală a victimelor identificate*



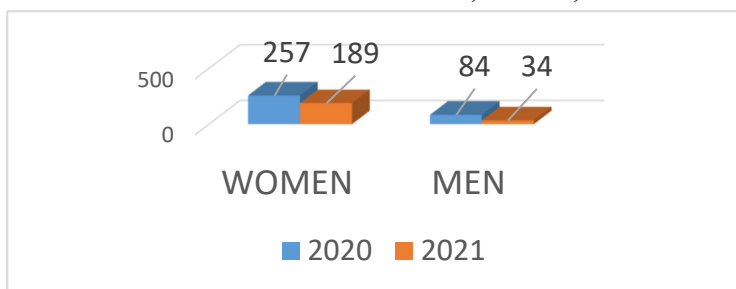
Cel de-al doilea indicator, Distribuția după vârstă și gen, se reflectă în următoarele două grafice, graficul nr. 2 și graficul nr. 3.

Graficul nr. 2 *Distribuția Minorilor*



Principala observație constă în faptul că în timp numărul minorelor a crescut cu un sfert de la un an la altul, în condițiile pandemiei pe tot parcursul anului 2021, numărul minorilor a scăzut cu aproape jumătate. De asemenea, *Loverboy* pare să rămână principala modalitate de recrutare a victimelor și în perioada de pandemie²⁹.

Graficul nr. 3 *Distribuția Adulților*



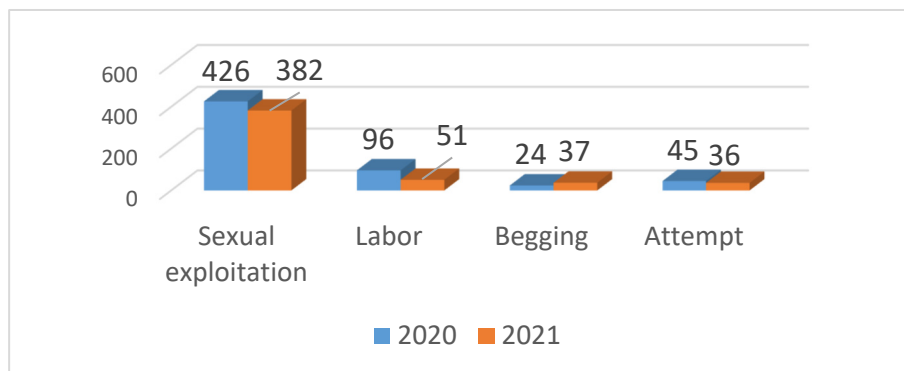
²⁷ Interviu cu un reprezentant al ONG-ului „Uși deschise”.

²⁸ Acest aspect merită explorat separat, în primul rând pentru a identifica motivația, apoi pentru a orienta acțiunile de prevenire în acest domeniu.

²⁹ Ghituleasa C., *Recrutarea victimelor traficului de persoane și tehnicile de „human hacking” metoda loverboy*, în vol. *Repere privind Victimologia, victimizarea și victimele în/din România*, coord. Aura Marcela Preda, Ed. Sitech, 2022, p. 158.

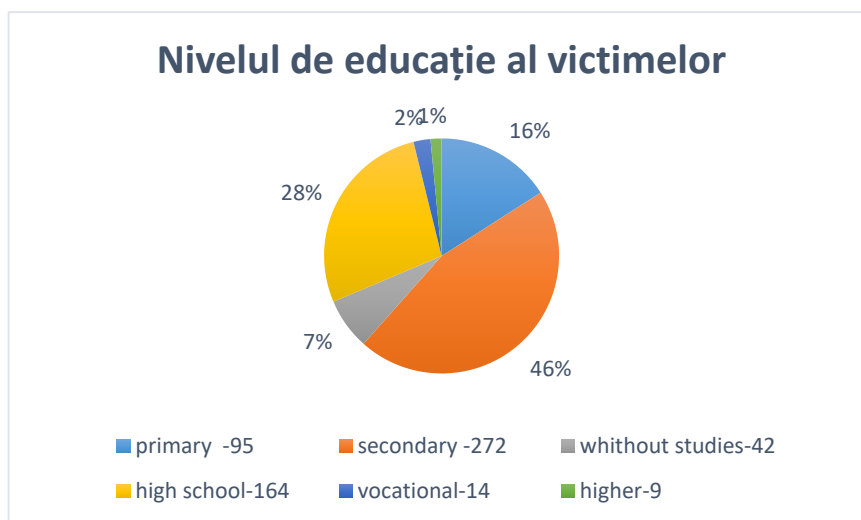
De reținut că pentru ambele genuri se înregistrează o scădere, de așteptat, considerăm noi, în condițiile pandemiei, care a adus multiple restricții. Totuși diferențele pentru fiecare gen sunt similare, respectiv 68 femei și 50 bărbați.

Graficul nr. 4 – Forme de exploatare

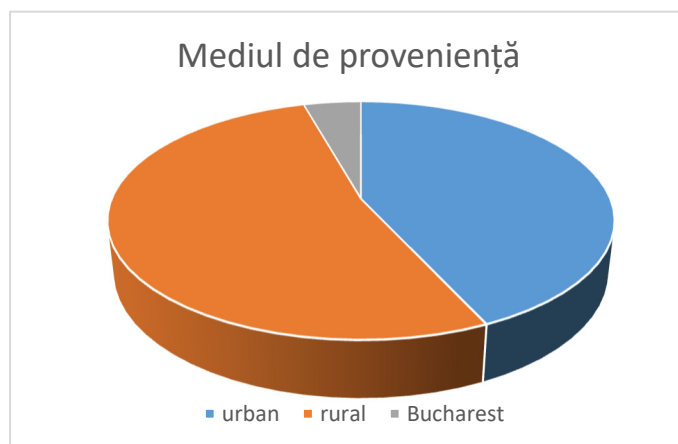


În ceea ce privește formele de exploatare, acestea au fost ierarhizate descrescător, de aceea este evident că la exploatarea sexuală cotele sunt evident cele mai ridicate, urmate la o diferență considerabilă de exploatarea prin muncă, apoi prin cerșetorie, pe ultima poziție fiind tentativa de a comite infracțiuni. Observăm o creștere doar la nivelul cazurilor de cerșetorie, greu de explicat în condițiile pandemiei. Surpriza o oferă diferența sub 50 de cazuri în situația exploatarea sexuală, dintre anii 2020 și 2021.

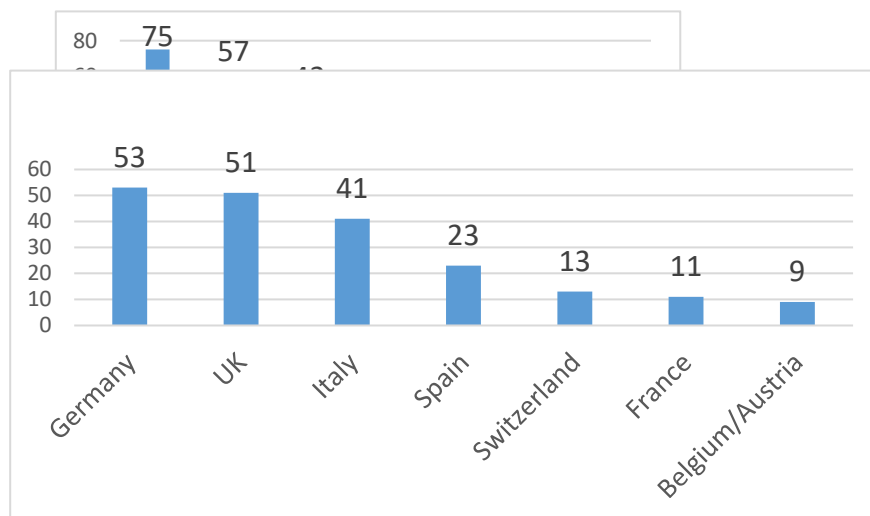
Graficul nr. 5 – Nivelul de educație al victimelor



Graficul arată și tipurile de studii din țara noastră: primare, secundare, liceale, vocaționale, superioare, și implicit, procentele aferente fiecărui tip, în afara de segmentul „fără studii”.

Graficul nr. 6 – Mediul de proveniență al victimelor

Apărent, victimele traficului par să provină din mediul rural (52,52%), dar însumând procentele victimelor din mediul urban și cel din București, respectiv 43,12% și 4,36%, vom observa că procentele se apropie (47%, 48%, ceea ce înseamnă că prevenirea trebuie făcută la fel de intens în ambele medii, urban și rural).

Graficul nr. 7 – Țări de destinație 2020**Graficul nr. 8 – Țări de destinație 2021**

Observăm că țările de destinație, cel puțin primele 4 poziții, înglobând toate formele de trafic, au rămas aceleași pe parcursul celor doi ani analizați. Este vorba despre Marea Britanie, Germania, Italia și Spania. Practic, doar ordinea acestora având în vedere cuantumul cazurilor traficate s-a modificat. Elveția oscilează între pozițiile 7 și 5, conform datelor ANITP.

Concluzii

Traficul de persoane este un fenomen complex, rezultat al evoluției deficitare a mai multor dimensiuni (sociale, economice, educaționale, a creșterii continue a cererii de servicii sexuale și de muncă prost plătită etc.), precum și a influenței unor factori: migrație, globalizare etc.

Necesitatea unei/unor cercetări aprofundate în evaluarea rolului „cererii” ca explicație pentru traficul de persoane prin exploatare sexuală a devenit o prioritate, cel puțin pentru entitățile enumerate în articol.

Considerăm că ar trebui să fie mai multe campanii de informare și conștientizare, în special la nivelul grupurilor vulnerabile și în mediul rural, pentru că în acest moment de evoluție a societății, nu se mai contează granițele teritoriale pentru exploatarea unor tipuri de servicii, de aceea, pentru persoană exploatată, din păcate doar limitele tehnologiei contează³⁰.

În opinia mea, se impune angajarea unui număr mai mare și specializat de personal în centrele teritoriale ale ANITP (la acest moment Centrul teritorial București numără două persoane, iar asistentul social deservește capitala și 5 județe limitrofe)³¹ și realizarea de campanii de prevenire, mai ales în județele de unde provin mai multe victime, în funcție de tipul de exploatare. Din câte am înțeles dintr-un scurt interviu cu un asistent social din centrul județean al Agenției noastre Naționale, lipsa personalului poate fi uneori un impediment esențial asupra calității serviciilor, întrucât sunt doar 2 persoane implicate pentru 5 județe din jurul Bucureștiului. Presiunea crește mai ales când sunt solicitate în două locuri în același timp. De asemenea, politicile publice și măsurile eficiente pentru reducerea consecvență a vulnerabilităților (sărăcia, lipsa educației, mediul familial neadecvat, lipsa oportunităților etc.) sunt mai mult decât necesare.

Cu toate acestea, este necesar un fond suplimentar pentru multe ONG-uri implicate în acest domeniu³². După cum știm, unii dintre ei și-au închis porțile în perioada pandemiei din cauza acestei probleme. Alții au preferat să facă o reconversie către centrele/taberele de refugiați pentru că au reușit să obțină mai ușor și mai rapid fondurile necesare.

Din partea mediului academic este necesară o implicare profundă în următoarele direcții:

- să organizeze mult mai multe conferințe naționale cu participare națională și internațională;
- să publice articolele/volumele ca rezultat al fiecărei ediții a acestor conferințe;
- să promoveze și să participe la mai multe campanii cu toate instituțiile, ONG-uri, alte entități, în domeniul prevenirii oricărui tip de victimizare;
- să promoveze rezultatele pozitive ale tuturor acestor activități de fiecare dată când apar oportunități;
- să contribuie după consultări în echipe de lucru la promovarea unor propuneri *de lege ferenda*;
- să semneze unele protocoale de colaborare între agenția de specialitate și entitățile de cercetare specializate pentru dezvoltarea cercetării calitative.

De asemenea, pentru un feedback pozitiv este important să începem studiile de cercetare cu o unitate-pilot (poate la nivel de sector, de capitală), apoi să gândim un studiu longitudinal, să îmbunătățim condițiile la acest nivel și apoi să generalizăm acest tip de experiență la alte județe.

Cu alte cuvinte, se resimte lipsa unor cercetări empirice care să aducă în prim plan cauzalitatea și potențiale măsuri de prevenire viabile.

³⁰ Meeuwisse R., *How to Hake a Human: Cybersecurity for the Mind*, Ed. Cyber Simplicity Ltd. London, UK, 2019, p. 35.

³¹ Participant la conferința anuală a SRV, octombrie 2022.

³² ADPARE, Raport de cercetare, p. 28, <https://www.adpare.eu/wp-content/uploads/2021/05/ADPARE-STUDIU.pdf>, accesat în 29 septembrie 2022.

Justiția restaurativă, o soluție majoră a timpurilor noastre

[Restorative Justice, a Major Solution of Our Time]

Lect. univ. dr. Mihaela AGHENITEI*, Lect. univ. dr. Adriana Iuliana STANCU*

Abstract: Restorative justice is a happy combination between the application of the legal provisions by those entitled to do it and the civil society that comes to complete through non-restrictive means, the awareness activity by the one who broke the law, that he must repair the damage created and understand that he it is not a way of life that he can continue to choose in society. All the more since the legislation does not offer a reparative post-conviction possibility, it is necessary that on a national, regional or global level, there should be this alternative against the decline of the community. Moreover, a harmonious combination is required between new legislation in the field, on the one hand, and the acceptance of the existence of the victim in the person of the perpetrator, both from the perspective of not taking elementary psychological measures by those in law and from the perspective of the study of his history in its development individually in society.

Keywords: Justice; Evaluation; Society; Measures; Damage

Justiția restaurativă, într-o accepțiune, este o modalitate neconvențională de abordare a justiției în care unul dintre răspunsurile la o infracțiune este organizarea unei întâlniri între victimă și infractor, uneori cu reprezentanți ai comunității mai largi, ori cu reprezentanți ai unor organizații civile de profil¹. Scopul acestor întâlniri este ca aceștia să împărtășească experiența lor cu privire la ceea ce s-a întâmplat, să discute cine a fost vătămat de infracțiune și cum, și să creeze un consens cu privire la ceea ce poate face infractorul pentru a repara prejudiciul cauzat de infracțiune. Toate aceste aspecte ideale, presupun acceptul necondiționat al infractorului, în condițiile în care legea nu prevede nimic în acest sens. Aceasta poate include o plată/ SUMA de bani acordată victimei de la infractor, scuze și alte amendamente ori alte acțiuni pentru a-i despăgubi pe cei afectați și pentru a preveni ca infractorul să provoace un prejudiciu în viitor².

Un astfel de program de justiție restaurativă își propune să-i determine pe delincvenți să-și asume responsabilitatea pentru acțiunile lor, să înțeleagă prejudiciul pe care l-au provocat, să le ofere victimelor infracțiunii, oportunitatea de a se răscumpăra și să-i descurajeze să mai provoace prejudicii. Acest aranjament este ideal pentru victime, scopul său fiind de a le oferi un rol activ în proces și de a reduce sentimentele produse de proces și de săvârșirea infracțiunii, de anxietate și neputință³. Justiția restaurativă se bazează, în această nouă concepție pe o teorie alternativă la metodele tradiționale de justiție, care sunt concentrate cel mai adesea pe răzbunare. Cu toate

* Director Centru de cercetare, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Dunarea de Jos” din Galați; maghenitei@gmail.com.

* Director Departamentul Științe Juridice, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Dunarea de Jos” din Galați; adriana.tudorache@ugal.ro.

¹ Costello, B., Wachtel, J. and Wachtel, T. The Restorative Practices Handbook for Teachers, Disciplinarians and Administrators, 2009: International Institute of Restorative Practices Bethlehem, p. 36.

² Rebecca Webber, *A New Kind of Criminal Justice*, Parade, October 25, 2009, p. 6. Retrieved 8 July 2019 Ed. Smith Institute, London.

³ Lawrence W Sherman & Heather Strang (2007). *Restorative Justice: The Evidence (PDF)*. University of Pennsylvania, p. 34-38 Ed. Smith Institute, London.

acestea, se consideră că programele de justiție restaurativă pot completa metodele tradiționale și s-a susținut că unele cazuri de justiție restaurativă constituie tot o pedeapsă din perspectiva unor poziții cu privire la ceea ce este pedeapsa⁴. O pedeapsă este un tratament dur care este aplicat ca răspuns față de o atitudine considerată ca infracțională. Ea constă în impunerea unei sancțiuni unei persoane, în scopul de a o face să respecte ordinea și de a o descuraja să mențină acest tip de atitudine față de respectul legii.

Evaluarea academică a justiției restaurative este pozitivă. Nu același lucru s-ar putea spune și despre atitudinea practicienilor, deoarece este bine cunoscut de către aceștia că infractorii foarte rar se opresc din săvârșirea de infracțiuni chiar dacă au ispășit o pedeapsă privativă de libertate. Este modalitatea cea mai simplă pentru ei de a-și duce viața mai departe, căci cine angajează în afacerea sa un hoț, un tâlhar, un criminal sau un escroc?

Cele mai multe studii sugerează că aplicarea acestui tip de justiție restaurativă îi face pe infractori mai puțin probabil să recidiveze. Un studiu din 2007 a constatat, de asemenea, că a avut o rată mai mare de satisfacție a victimei și de responsabilitate a infractorului decât metodele tradiționale de justiție⁵. Utilizarea sa a cunoscut o creștere la nivel mondial începând cu anii 1990⁶. Justiția restaurativă a inspirat și face parte din studiul mai larg al practicilor restaurative într-o societate a cărei economie e în dezvoltare, iar societatea are grijă să adopte prevederi legale care să asigure posibilitatea acoperirii prejudiciilor și de către cei care și-au ascuns averile de executările silite. Discuțiile sunt utile dacă au o bază materială.

Ce se întâmplă atunci când lipsesc fondurile dintr-un motiv sau altul iar persoana supusă discuțiilor nu muncește pentru că nu are nicio obligație în acest sens. Dacă unei persoane obișnuite cu loc de muncă există posibilitatea popririi conturilor, unei persoane fără venituri la vedere nu i se poate lua nimic și deci nu poate acoperi nici un prejudiciu.

Din punct de vedere legislativ, nici o persoană nu poate fi obligată să presteze o muncă și este puțin probabil ca un infractor să o facă după o discuție, indiferent cât de serioasă și de morală este. Numai constrâns va achiesa la acoperirea prejudiciului și numai în baza unei prevederi legale o poate face.

Alternativa oferită de justiția restaurativă ar putea să funcționeze în ideea adoptării unor cerințe din partea victimelor, în limite rezonabile.

Alte motive pentru care poate fi eficientă include faptul că infractorul trebuie să învețe despre prejudiciul pe care l-a cauzat victimei sale, ceea ce îi face dificil să își justifice comportamentul, i se oferă șansa de a discuta despre dezvoltarea morală infractorilor care ar fi putut să fi avut puțin din aceasta în viața lor, și astfel infractorii sunt mai susceptibili să-și considere pedeapsa ca fiind legitimă.

Programele tind să evite rușinarea și stigmatizarea infractorului⁷.

⁴ Gade, Christian B. N. (2021), *Is restorative justice punishment?*, Conflict Resolution Quarterly, p. 127–155. doi:10.1002/crq.21293. S2CID 230548330.

⁵ Lawrence W Sherman & Heather Strang (2007). *Restorative Justice: The Evidence (PDF)*. University of Pennsylvania, p. 48.

⁶ Braithwaite, John (2004-01-01). *Restorative Justice and De-Professionalization. The Good Society*. p. 28–31. doi:10.1353/gso.2004.0023. ISSN 1538-9731. S2CID 143707224.

⁷ Restorative Justice – What Works. College of Policing. 2015-08-27. Retrieved 2018-05-25, <https://www.college.police.uk/guidance/restorative-justice/references-restorative-justice> accesat în data de 03.03.2023.

Multe sisteme de justiție restaurativă, în special medierea victimă-infractor și conferințele de grup de familie, solicită participanților să semneze un acord de confidențialitate. Aceste acorduri prevăd de obicei că discuțiile conferinței nu vor fi dezvăluite neparticipanților. Motivul pentru confidențialitate este că promovează comunicarea deschisă și onestă⁸.

Justiția restaurativă necesită o formă de întâlnire între infractor și victimă. O analiză Cochrane din 2013 a subliniat necesitatea ca făptuitorul să se întâlnească cu victima față în față⁹. În plus, întâlnirea poate include oameni care reprezintă, așa cum am mai subliniat, comunitatea mai largă.

În timp ce se pune accentul pe soluționarea prejudiciului victimei ori victimelor, beneficiul suplimentar al programelor de justiție restaurativă constă în reducerea acțiunilor disciplinare, cum ar fi suspendările și expulzările, și care au ca rezultat pozitiv punerea în libertate cu o mai mare

impuse, cum ar fi scrierea scrisorilor de scuze, efectuarea de servicii în folosul comunității sau – de exemplu, în cazuri de agresiune – alcătuirea unei lucrări de cercetare privind efectele negative ale bullying-ului. Această nouă abordare dezvoltă și încurajează empatia, deoarece părțile participante trebuie să înțeleagă nevoile tuturor părților interesate pentru ca acest conflictul să fie pe deplin rectificat. Atât partea infractoră, cât și partea nedreptățită sau victimizată pot aborda și începe să rezolve obstacolele lor în calea obținerii aspectului educativ, cu ajutorul partenerilor din justiția restaurativă. Problemele de comportament care decurg din durere/TRAUMA, de exemplu, pot fi recunoscute și recunoscute în cadrul programelor de justiție restaurativă, și astfel, ca urmare, partea ar fi îndrumată către un consilier pentru a primi consiliere pentru durere. În teorie, acest lucru va reduce probabilitatea ca infractorul să provoace un prejudiciu suplimentar. Unele studii susțin că luarea de măsuri punitive împotriva unei persoane îndurerate va provoca mai multă suferință, ceea ce duce la un comportament mai supărător sau poate conduce la depresie. Prin abordarea disciplinei elevilor cu justiția reparatorie în prim-plan, conflictele pot fi rezolvate pentru a satisface nevoile de finanțare ale districtului școlar – prin reducerea absenteismului elevilor, reabilitarea părții care a infracționat și pentru a restabili dreptatea și a întregi partea nedreptățită. Colectivitatea și empatia sunt dezvoltate în continuare prin participarea studenților în cercurile justiției restaurative în administrarea unor roluri precum acela de mediator sau magistrați.

Justiția restaurativă a fost implementată și în școli¹⁰. Acesta utilizează un model similar cu programele utilizate de sistemul de justiție penală¹¹. Practicile restaurative pot „include și măsuri preventive menite să dezvolte abilități și capacități atât la elevi, cât și la adulți”¹². Câteva exemple de măsuri preventive în practicile de restaurare ar putea include profesorii și elevii care elaborează împreună așteptările de la clasă sau creează construirea comunității în sala de clasă. Justiția restaurativă se concentrează, de asemenea, pe justiție ca nevoi și obligații, extinde justiția ca și conversații între infractor, victimă și școală și recunoaște responsabilitatea ca înțelegerea impactului acțiunilor, dar și repararea prejudiciului¹³. În această abordare, profesorii, elevii și

⁸ Livingstone, Nuala; MacDonald, Geraldine; Carr, Nicola (2013), *Restorative justice conferencing for reducing recidivism in young offenders (aged 7 to 21)*. Cochrane Database of Systematic <https://doi.org/10.1002/14651858.CD008898> Copy DOI.

⁹ Robbins, Brian (2014). *A study of the implementation of restorative justice at a public high school in southern California*. Claremont College, p. 49.

¹⁰ Braithwaite, J., *Restorative Justice, and Responsive Regulation*, 2002, Oxford University Press, p. 73-80

¹¹ Jeanne Stinchcomb; Gordon Bazemore; Nancy Riestenberg (April 2006). *Beyond Zero Tolerance: Restoring Justice in Secondary Schools. Youth Violence and Juvenile Justice*, p. 123- 147. doi:10.1177/1541204006286287. S2CID 56257601.

¹² Smith, D (2015). *Punitive or Restorative: The Choice Is Yours*, <https://www.seedpaknwboces.org/pd-resources/punitive-or-restorative-choice-yours> accesat în data de 05.03.2023

¹³ Alvis, m (2015). *Teachers' perceptions about using restorative practices based on programs in school*. The College at Brockport: State of University of New York,

comunitatea pot ajunge la acorduri pentru a satisface nevoile tuturor părților interesate. Colectivitatea este accentuată deoarece grupul trebuie să creeze un plan de acțiune pentru a vindeca răul, dar și pentru a găsi o modalitate de a aduce infractorul înapoi în comunitate, fără ca acesta să sufere raportat la poziția lui¹⁴.

Concluzii

În plan mondial, justiția restaurativă este caracterizată de o puternică dezvoltare, care o face să fie tot mai mult acceptată în interiorul sistemelor penale. Foarte multe țări, în cadrul proceselor penale și pe parcursul executării pedepselor, au utilizat tot felul de metode care să susțină dezvoltarea ulterioară a conceptului și a procedurilor particulare.

Evaluările pe plan mondial a nenumăratelor încercări ale sistemelor penale de a stopa fenomenul infracțional și de a reduce recidiva au condus la concluzia că acestea încă nu au găsit *rețeta optimă* pentru rezolvarea situației. În baza experimentelor practice, s-a conturat tot mai puternic convingerea că soluția poate fi oferită de justiția restaurativă.

[https://soar.suny.edu/bitstream/handle/20.500.12648/4775/edc_capstone/4/fulltext%20\(1\).pdf?sequence=1](https://soar.suny.edu/bitstream/handle/20.500.12648/4775/edc_capstone/4/fulltext%20(1).pdf?sequence=1)
accesat în data de 05.03.2023.

¹⁴ Robbins, Brian (2014). *A study of the implementation of restorative justice at a public high school in southern California*. Claremont College, p. 1–60.

Reacția socială împotriva criminalității

[Social Reaction Against Crime]

Lect. univ. dr. Mihaela AGHENITEI*, Lect. univ. dr. Getty Gabriela POPESCU*

Abstract: *Currently, the problems of crime and criminal justice concern the highest world forums, including the UN, which constituted, within the Social and Economic Council (ECOSOC), a section for criminal justice and combating crime. However, the penal policy models applied in various countries are not and cannot be identical. They depend on the political, economic, social, and cultural specifics of each individual country, on its own historical evolution, on the regional context in which it is located and, of course, on the state and dynamics of the criminal phenomenon. Moreover, the theoretical treatment of the models of social reaction against crime and, in this context, of the models of criminal policy, which cannot be carried out without stating that, over time, they did not exist in a pure state except at the level of principles general, concrete modalities interfering and coexisting in space and time.*

Keywords: *Crime; Criminal Justice; Criminality; Criminals; Role Models*

Introducere istorică în studiul problematicei

Istoria preocupărilor provocate de săvârșirea faptelor antisociale își are originea în negura timpurilor antice. Acest început nu a fost marcat nici de teorii asupra crimei și nici de studii răufăcătorului, ci de unul din cele mai puternice sentimente ancestrale: teama determinată de instinctul de conservare.

Problematika infracționalității, infractorilor și a reacției sociale antiinfracționale a evoluat odată cu progresele realizate de umanitate, căpătând contur cu adevărat științific în perioada modernă, mai exact, în ultimele decenii. Această afirmație este susținută de faptul că, deși cercetarea științifică asupra cauzelor criminalității făcuse progrese serioase în prima jumătate a secolului XX, rezultatele obținute au fost luate în considerare într-o mică măsură în domeniul politicii penale, al mijloacelor și metodelor concrete de prevenire și combatere a fenomenului infracțional.

Reluând o idee a lui E. Ferri¹, criminologul francez J. Pinatel a arătat că faptul care surprinde în totalitatea mijloacelor utilizate pentru a combate criminalitatea este ideea ca ele au fost puse în aplicare fără să existe vreo preocupare cu privire la natura și cauzele fenomenului în sine. Este meritul oamenilor de știință, penaliști și criminologi, care au corectat această stare de fapt, insistând asupra necesității concordantei dintre rezultatele științifice privind cercetările etiologice și metodele de tratament și resocializare a infractorilor pe de o parte și sistemul justiției penale pe de altă parte.

* Director Centru de cercetare, Facultatea de Drept și Științe Administrative, Universitatea „Dunarea de Jos” din Galați; maghenitei@gmail.com

* Universitatea „Dunarea de Jos” din Galați; Procuror, *Directia Nationala Anticoruptie – Serviciul Teritorial Galati*; Gabriela.Popescu@ugal.ro

¹ <https://www.rasfoiesc.com/legal/criminalistica/CRIMINOLOGIA-REACTIEI-SOCIALE12.php> accesat în data de 08.02.2023

1. Reacția socială la nivel internațional și european

Obiectul Convenției Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale publicată în M. Of. nr. 813/8 noiembrie 2002 este promovarea cooperării în scopul prevenirii și combaterii mai eficiente a criminalității transnaționale organizate².

Problema criminalității și a justiției penale constituie o preocupare constantă a celor mai înalte foruri mondiale iar ONU a constituit în cadrul Consiliului Social și Economic o secție pentru justiția penală și combaterea criminalității.

Politica penală aplicată este diferită de la stat la stat având în vedere specificul național, politic, economic, cultural, evoluția istorică, contextual regională cât și starea dinamică a fenomenului infracțional.

Orice fapt vătămător pentru societate produce o anumită reacție în interiorul societății împotriva aceluia act. Aceasta reacție a cunoscut forme diferite de-a lungul timpului.

Sutherland și Cressey, criminologii care s-au ocupat și de aceste aspecte clasifică diferitele forme de reacție socială împotriva criminalității în funcție de poziția pe care o ocupă într-o ierarhie ce pornește de la reacția pur represivă. Autorii menționați precizează faptul că această clasificare nu ține cont de o serie de aspecte legate de întrepătrunderea diferitelor forme de reacție socială și de coabitarea lor în timp și spațiu.

Reacția socială în momentul comiterii actului infracțional a fost o lungă perioadă de timp în totalitate represivă.

Cele mai vechi texte juridice confirmă evoluția societății umane în anumite zone geografice, constituind o formă superioară a unor cutume străvechi. Plăcuțele de ceramică de la Ešnuna ce aparțin civilizației sumeriene sunt vechi de aproximativ 7 milenii. Normele juridice inscripționate pe aceste plăcuțe scot în evidență existența atât a răzbunării private nelimitate cât și a unor forme incipiente ale răzbunării private limitate³.

Ținând cont de cele mai vechi cutume ale justiției private, ofensa adusă unui individ se răsfrânge în mod automat asupra clanului din care face parte. Întregul grup are responsabilitatea de a riposta. Reacția individului este nelimitată nefiind proporțională cu gravitatea faptei.

Având în vedere efectul social concret al unei astfel de reacții, s-a impus limitarea răzbunării. Talionul și mai târziu compoziția, s-au constituit într-un progres juridic real.

Astfel răzbunarea privată limitată se va restrânge de la nivelul grupului la nivelul făptuitorului. Răzbunarea este echivalența cu răul provocat și este și individualizată.

Justiția penală a primit un caracter sacerdotal și teocratic. Sub imperiul răzbunării divine, conducătorul militar și religios, ulterior judecătorul, avea posibilitatea de a impune aplicarea legii. În acest sens Codul regelui Hammurabi este un bun exemplu, cod ce a fost preluat de legislația penală orientală⁴.

Pe continentul European sistemul justiției penale a fost marcat de evoluția civilizației antice în Grecia și în peninsula romană. Legea penală greacă limitează puterea sacerdotală și face o

² Jurnalul Oficial al Uniunii Europene, Volumul 48 RO, Decizia Consiliului nr. 2006/619.CE, privind încheierea, în numele Comunității Europene, a Protocolului privind prevenirea, reprimarea și pedepsirea traficului de persoane, în special de femei și de copii, adițional la Convenția Organizației Națiunilor Unite împotriva criminalității transnaționale organizate, în ceea ce privește dispozițiile protocolului în măsura în care acestea intră în sfera de aplicare a părții a treia titlul IV din Tratatul de instituire a Comunității Europene.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/RO/TXT/?uri=CELEX%3A32006D0619>

³ R. Tatomir, *Introducere în istoria și cultura civilizațiilor mesopotamiene*, Ed. Pro Universitaria, 2015, p. 40-42.

⁴ Charles F. Horne, Ph.D. (1915). „The Code of Hammurabi: Introduction”. Yale University. Archived from the original on September 8, 2007. Retrieved September 14, 2007.

distincție clară între delictelor publice și cele private, iar justiția penală este concepută ca o funcție a suveranității statului⁵.

Represiunea etatizată, ce constituie ultima formă a reacției represive, are la baza într-o primă perioadă idea de expiațiune, adică orice a făcut un rău trebuie la rândul său să sufere un rău.

Ulterior, Cesare Beccaria a adus în prim planul atenției generale idea de utilitate socială a pedepsei. În lucrarea sa „*Dei delitti e delle pene*” a sintetizat gândirea filozofică a secolului său, prin care autorul ataca arbitrariul și corupția sistemului judiciar și penitenciar din epoca sa, pledând pentru tratament militar egal și pentru respectarea demnității ființei umane.

Școala clasică de drept penal se bazează pe teoria liberului arbitru, plecând de la următoarele principii, adică faptul că toți oamenii sunt egali în fața legii, omul este o ființă rațională iar conduita sa este o operație controlată de rațiune, trăind sub imperiul liberului său arbitru, în care omul trebuie să suporte consecințele faptelor sale.

Școala clasică de drept penal nu acordă o importanță sporită personalității infractorului, situației sale sociale și familiale. Infractorul este văzut ca o ființă abstractă iar Francesco Carrara, reprezentant al școlii clasice afirma că crima nu este o acțiune în sine, ci o infracțiune, ea nu este o entitate de fapt, ci numai o entitate juridică⁶.

Pedeapsa trebuie să fie proporțională cu gravitatea faptei, trebuie să fie severă, certă, rapidă și uniformă, totul în scopul prevenției individuale dar și colective⁷.

Legea penală franceză din 1790, codul penal francez din 1810, codul penal german din 1871 și cel italian din 1889 sunt fundamentate pe principiile școlii clasice de drept penal⁸.

Conform opiniei lui Enrico Ferri⁹, școala clasică de drept penal a fundamentat rațiunea și a stabilit limitele dreptului statului de a pedepsi, pedepsele fiind astfel ponderate, garanțiile procesuale legiferate, iar drepturile celui învinuit, respectate.

Într-o altă ordine de idei, mai există și un model preventiv care a fost fundamentat de doctrina pozitivistă, apărută la sfârșitul secolului al XIX lea, care este un alt curent.

Enrico Ferri, jurist și sociolog, întemeietorul acestei doctrine, contestă virtuțile sistemului represiv așa cum era conceput de școala clasică.

Tezele principale ale școlii pozitive cuprind faptul că în fața instanței va prima comportamentul infracțional și nu actul incriminat, pentru a înțelege comportamentul infractorului trebuie relevată influența factorilor ereditari și de mediu care i-au marcat evoluția. Astfel, infractorul trăiește sub imperiul legilor naturale, este determinat de aceste legi și nu este întotdeauna liber să aleagă. Se impune a fi înlăturată imaginea clasică a omului rezonabil, stăpân pe actele sale și liber să aleagă între bine și rău, deoarece justiția trebuie să individualizeze pedeapsa în funcție de personalitatea infractorului și de condițiile concrete care au determinat producerea faptei antisociale.

Modelul propus de doctrina pozitivistă constituie prima încercare de a preveni criminalitatea prin metode bazate pe cauzele științifice ale criminalității și nu exclusiv pe metode punitive.

⁵ <https://codexpenal.just.ro/codex.html> accesat în data de 22.03.2023.

⁶ Mazzacane, Aldo (2001). „Carrara, Francesco”. In Michael Stolleis (ed.). *Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (in German) (2nd ed.). München: Beck. p. 120, ISBN 3-406-45957-9.

⁷ T. Dima, L. Hărățau, *Drept penal. Partea generală*, ed. a II-a, Ed. Hamangiu, 2015, ISBN 978-606-27-0325-7, p. 184-188.

⁸ C. Tănăsescu, *Criminologia. Suport de curs pentru studenți*, Ed. C.H. Beck, p. 16.

⁹ E. Ferri, *Sociologia criminală*, Ed. Fratelli Bocca, 1900, Vol. 14 din Biblioteca antropologico-giuridica Ser. 1, p. 840-845.

Doctrina socială apărută ca un nou curent, considera ca finalitatea dreptului penal este apărarea socială care se realizează atât prin prevenire cât și prin represiune.

Baza teoretică a acestei doctrine este explicată de Marc Ancel în lucrarea „Noua Apărare Socială”, unde se critică insuficiența și ineficacitatea sistemului clasic ce ignoră realitatea infracțională¹⁰.

Ideile fundamentale ale acestei doctrine sunt:

- *apărarea socială înseamnă protecția societății împotriva criminalității;*
- *protecția se realizează prin măsuri penale și extrapenale, aplicarea de metode curative și educative;*
- *se acordă prioritate prevenției crimei și tratamentului delincventului;*
- *trebuie să existe o cunoaștere științifică a fenomenului infracțional și a personalității infractorului.*

2. Criminologia preventivă

Prevenirea criminalității este considerată obiectivul principal al politicii penale¹¹.

Prevenția criminalității înseamnă în primul rând preîntâmpinarea săvârșirii pentru prima dată a acelor acțiuni sau inacțiuni umane pe care societatea le consideră vătămătoare pentru valorile morale și materiale pe care legea penală le protejează, pentru evoluția sa normală.

Stricto sensu prevenția vizează acele acțiuni sau inacțiuni care prezintă un grad de pericol social suficient de mare care să determine o reacție prin mijloace de drept penal împotriva făptuitorului¹².

In sens larg, prevenția se adresează tuturor comportamentelor deviate care pot conduce la săvârșirea de fapte anti-sociale care sunt sancționate de legea penală.

Astfel, obiectul prevenției este constituit dintr-un ansamblu de factori care înlătură determinarea sau favorizarea săvârșirii actului ilicit.

Ținând cont de gravitatea și rolul factorilor cauzali se poate alcătui strategia combaterii cauzelor fenomenului infracțional. Prevenția trebuie să privească fenomenul în întregul său, nu ca un sumum de infracțiuni săvârșite pe un anumit teritoriu și într-un anumit timp ci ca pe un sistem de elemente care relaționează, orientându-se către realizarea unor efecte specifice în condiții specifice¹³.

Astfel, prevenția criminalității este un obiectiv social permanent ce presupune aplicarea unui ansamblu de măsuri cu caracter social, cultural, economic, politic, administrativ și juridic destinate să preîntâmpine săvârșirea faptelor antisociale, prin identificarea, neutralizarea și înlăturarea cauzelor fenomenului infracțional¹⁴.

De asemenea, prevenția nu reprezintă numai preîntâmpinarea săvârșirii pentru prima dată a unei infracțiuni, ci vizează componenta împiedicării repetării faptei penale de către același autor. În acest sens prevenția se referă la măsuri de resocializare și reintegrare socială post-penală a persoanelor care au comis fapte penale și au fost condamnate.

¹⁰E. H. Sutherland, D.R. Cressey, *Criminology*, Ed. Lippincott, 1978, London, p. 578-590.

¹¹I. Vasiu, L. Vasiu, *Prevenirea criminalității informatice*, Ed. Hamangiu, 2006, p. 187-188.

¹²D. Vasiloi, *Drept penal. Partea generală*, Ed. Academiei de Studii Economice din Moldova, 2013, p. 58-59.

¹³A. Ioan, *Criminalitatea. Reacția societății și a instituțiilor la criminalitate*, p. 34, Ed. Omnia Uni S.A.S.T. Brașov, 2012.

¹⁴R. Tatomir, *Introducere în istoria și cultura civilizațiilor mesopotamiene*, Ed. Pro Universitaria, 2015, p. 40-42.

3. Modele efective de combatere a criminalității

Un prim model îl constituie modelul clasic care, luând în considerare faptul că pentru o lungă perioadă de timp reacția socială antiinfracțională a avut o consistență represivă în totalitate, prima modalitate de a preîntâmpina săvârșirea actelor și faptelor reprobabile a constat în efectul de inhibare psihică al normei penale și al potențialei pedepse¹⁵.

Problema prevenirii criminalității în acel timp a fost explicat de Platon, care a propus înlocuirea ideii retributive cu idea de utilitate socială a pedepsei, deoarece scopul sancționării trebuie să fie prevenția generală prin forța exemplului și prevenția specială prin efectul intimidant al pedepsei¹⁶.

Ulterior, în perioada modernă, modelul clasic a evoluat într-o dublă direcție și anume către modelul social și către modelul situațional sau tehnologic.

În acest sens, prevenția după modelul social, nu se mai înfăptuiește numai prin măsuri de drept penal. Se pune accent pe educarea și instruirea cetățenilor, prezentarea efectelor negative a fenomenului infracțional, informarea în masă asupra legislației în vigoare etc.

Având în vedere creșterea ratei criminalității, pe plan mondial a determinat apariția de noi strategii politice penale și juridice, orientarea către aplicarea și utilizarea unor măsuri cu caracter social anticipativ, implicarea comunității în mod esențial în efortul de prevenire a criminalității. Această atitudine izvorăște din necesitatea reintegrării în societate a celor care au săvârșit fapte penale, dar și pentru a combate tendința către recidivă.

Modelul social promovat abordează direct și frontal factorii criminogeni și încearcă limitarea impactului acestora prin măsuri de asistență comunitară acordată persoanelor aflate în situații de stres economic, social sau psihologic¹⁷.

Prevenția primară din cadrul acestui model social este definit ca fiind o prevenție de bază care încearcă să anihileze situațiile criminogene. Prevenția trebuie să se adreseze mai întâi infractorilor potențiali, atât la nivel individual cât și la nivelul microgrupurilor¹⁸.

La nivelul mediului familial se acționează prin intermediul măsurilor comunitare și anume prin furnizarea de ajutor celor care îl solicită și sunt într-o nevoie reală economică, psihică, prin educarea și orientarea părinților tineri, educarea preșcolarilor proveniți din familii dezorganizate.

Scoala, care promovează modelul social, are rolul său bine definit în formarea indivizilor. Ea trebuie să furnizeze în mod constant informații privind rolul și importanța valorilor sociale, a respectului față de lege și morală, consecințele și implicațiile crimei, modalitatea în care funcționează sistemul penal, evitarea comportamentului anti-social.

Angajarea în muncă a tinerilor este esențială în ceea ce privește dezvoltarea acestora prin educație socială și prin asumarea responsabilităților. Lipsa sau pierderea locului de muncă determină modificări serioase și afectarea personalității tinerilor, generează stări depresive, manifestări deviante și în final recurgerea la actul infracțional. Astfel, programele de prevenție trebuie să cuprindă și această latură în sensul identificării și creării locurilor de muncă, programe de organizare a timpului liber pentru cei care nu au un loc de muncă, facilitate de tratament pentru cei cu probleme de sănătate, dependența de droguri, alcool etc.

¹⁵ V. Pașca, *Codul penal comentat. Partea generală*, vol. I, Ed. Hamangiu, București, 2007, p. 55.

¹⁶ M. Ancel, *La Defense sociale nouvelle*. – Paris, Ed. Cujas, 1971, p. 8-20.

¹⁷ A. Ioan, *Criminalitatea. Reacția societății și a instituțiilor la criminalitate*, p. 64, Ed. Omnia Uni S.A.S.T. Brașov, 2012.

¹⁸ I. Vasiu, L. Vasiu, *Prevenirea criminalității informatice*, Ed. Hamangiu, 2006, p. 201-207.

Prevenirea secundară a acestui model se referă la adoptarea unei politici penale adecvate realităților sociale, politice, economice, culturale și punerea ei în practică¹⁹. Prevenția secundară este o activitate care intra în totalitate în competența organelor legislative și executive.

Modelul situațional de prevenire reprezintă o cale pragmatică de reducere a oportunităților de săvârșire a faptelor antisociale. Există două categorii principale de măsuri de prevenire situațională și anume măsurile de securitate care fac dificilă săvârșirea infracțiunilor și măsurile care influențează costurile și beneficiile celor care săvârșesc infracțiuni.

Concluzii

Examinând situația reală existentă în societate, precum și cauzele care au făcut posibile extinderea criminalității, considerăm că este firesc să abordăm problema măsurilor destinate perfecționării activităților sociale, destinate prevenirii și combaterii acestora, precum și a găsirii unor metode optime de tratament în ceea ce privește pe autorii acestor grave fapte antisociale.

Asemenea măsuri sunt pe cât de complexe pe atât de diversificate și tocmai de aceea trebuie insistat îndeosebi asupra celor care prezintă relevanta din punct de vedere al criminologiei.

Deși prevenirea criminalității este considerată dintotdeauna drept obiectivul principal al politicii penale, ea a rămas mai degrabă, un concept vag, insuficient definit teoretic, dar invocat frecvent.

Trebuie menționat că soluțiile naționale în problema luptei împotriva criminalității nu depind doar de acuratețea concepției teoretice, de structurile, programele și metodele prin care se înfăptuiește strategia națională de luptă împotriva criminalității, care a început de câteva secole dar care încă nu s-a cristalizat suficient, ci și de mijloacele materiale și financiare pe care statul poate să le afecteze acestui scop. În consecință, eficacitatea soluțiilor adoptate pentru prevenirea și combaterea fenomenului infracțional depinde de dezvoltarea social-economică a statului, de puterea reală a acestuia, dar și de implicarea societății civile în luarea măsurilor educative care se impun.

Prevenirea criminalității înseamnă în primul rând, preîntâmpinarea săvârșirii pentru prima dată a acelor acțiuni ori inacțiuni umane pe care societatea la considera dăunătoare pentru valorile sale, pentru evoluția sa normală către progres, motiv pentru care aceste comportamente au fost sancționate de legea penală.

În sens strict, prevenirea vizează mai ales acele comportamente care prezintă un grad de pericol social suficient de mare ca să necesite o reacție prin mijloace de drept penal împotriva făptuitorilor.

În sens larg, prevenirea se îndreaptă împotriva tuturor comportamentelor deviante care, prin acumularea și adâncirea unor procese socio-umane specifice, pot conduce la săvârșirea de fapte antisociale sancționate de legea penală.

¹⁹ I. Gheorghiu-Brădet. Criminologia generală românească. – Brașov, Ed. Tipocart Brașovia, 1993, p. 200-208.

Dreptul românesc în perioada tranziției către societatea criminogenă actuală

[Romanian Law During The Transition to The Current Criminogenic Society]

Dr. Tiberiu-Viorel POPESCU*

Abstract: Romania, together with the other Eastern European countries that belonged to the former communist bloc, started more than 30 years ago on a new path towards acquiring the status of liberal democracies. The literature analyzed crime in liberal democracies and gave interesting answers that argued why they can constitute criminogenic areas. If these liberal democracies, including Romania, can themselves be criminogenic, it is absolutely necessary to analyze whether the law represented, or could represent, an obstacle to the evolution of the volume and structure of current crime. If the law could have an important role in weighing the volume and severity of crime, but this role did not manifest itself, it is important to emphasize the factors that favored this circumstance.

Keywords: Law; Criminology; Criminality; Criminal Law

Preliminarii. Literatura de specialitate s-a oprit asupra analizei criminalității deopotrivă în societățile occidentale și în cele socialiste¹. Această radiografie a celor două tipuri de organizări sociale a urmărit să compare perioade mari de timp, mai cu seamă în cazul țărilor foste comuniste. O atenție deosebită a fost acordată cazurilor particulare reprezentate de China, Japonia, Israel și Elveția.

Pentru a putea face aprecieri asupra evoluției criminalității în România, literatura de specialitate², urmând modelul studierii crimei și criminalității prin prisma celor trei dimensiuni ale timpului, adoptat de reputatul criminolog Denis Szabo, a statuat că analiza trebuie să cuprindă deopotrivă trecutul, prezentul și viitorul. Trecutul și prezentul reflectă în cazul României, ambele perioade – înainte și după decembrie 1989. Cu privire la previziunile asupra evoluției criminalității din România în viitor, acestea au fost rezervate, dat fiind modificările imprevizibile privind structura și dimensiunile acestui fenomen de după 1989.

În cele ce urmează, ne propunem o prezentare generală a evoluției criminalității în România, păstrând tiparul recomandat de literatura de specialitate, accentuând modul în care dreptul a influențat fiecare perioadă, mai cu seamă tranziția de la trecutul recent la prezent. Încercăm să facem unele considerații, de asemenea rezervate, cu privire la influența pe care dreptul o poate avea pe viitor asupra evoluției fenomenului analizat din postura de factor determinant. Demersul propus, urmează să ofere un răspuns la întrebarea, mai mult retorică azi, lansată de Rymond Gassin: *Sunt criminogene democrațiile liberale?*³. Răspunsul va fi oferit din perspectiva tranziției de la o organizare socială la alta.

* Consilier Juridic, Colegiul Consilierilor Juridici București; tpopescu2005@yahoo.com.

¹ Gassin R. *Criminologie*, 7^{ea} ediție, Dalloz, Paris. 2011, p. 365 și urm.

² Stănoiu R.M., *Criminalitatea în România, trecut, prezent și viitor, în Tranziția și criminalitatea*, Ed. Oscar Print, București, 2004, p. 5-35.

³ Gassin, R., *Op. cit.*, p. 456-457.

Plan. În scopul propus vom face anumite clarificări conceptuale (1) apoi vom proceda la o prezentare generală a specificului criminalității în regimurile totalitare și autoritare (2), a specificului criminalității din România (3) – caz în care ne vom opri atât la perioada regimului comunist (a) cât și la perioadele care au urmat în regimul democratic actual (b), pentru a putea face unele aprecieri cu privire influența dreptului românesc asupra evoluției criminalității (4).

1. Clarificări conceptuale. În ceea ce privește caracteristica evoluției politico – sociale și culturale a României după decembrie 1989, s-au folosit din abundență termeni precum totalitarism sau dictatură în privința regimului comunist, revoluție sau tranziție, și nu în ultimul rând democrație, acest din urmă termen fiind pus adesea în relație cu libertatea. Am avut foarte rar prilejul să descoperim în mass media sau în discursuri politice o decriptare a unor concepte precum totalitar, dictatura, revoluție, tranziție sau democrație. Nu ne propunem să dăm o explicație tip dicționar a acestor termeni, ci să trecem în revistă ceea ce ar fi trebuit să se înțeleagă prin aceste noțiuni.

Regimul politic totalitar sau dictatorial se poate caracteriza prin comparație cu regimul autoritar și cu regimul democratic, raportat la forma de guvernământ în care acesta apare. În cadrul regimului totalitar sunt încălcate drepturile și libertățile cetățenilor, puterea în stat este deținută de un partid unic, separația puterilor în stat este formală, alegerile sunt falsificate și există organe de represiune care folosesc teroarea pentru menținerea ordinii, iar cenzura și cultul personalității ating cote maxime.

În cadrul regimului politic autoritar drepturile și libertățile cetățenilor sunt limitate, prerogativele unor instituții ale statului sunt de asemenea limitate la fel ca și atribuțiile instituțiilor democratice (Guvern și Parlament). Cu toate acestea, controlul statului asupra societății civile nu este total și există unele libertăți de acțiune limitate în cadrul vieții private.

Regimul democratic presupune suveranitatea poporului, separația puterilor în stat, conducerea asigurată de reprezentanți aleși prin vot universal, direct, egal și liber exprimat, există pluralism politic, iar drepturile și libertățile cetățenilor sunt garantate prin constituție.

În raport cu cele ce precedă, se poate stabili ce fel de regim politic a existat în România înainte de 1989 și după aceea. Trecerea de la regimul autoritar spre cel totalitar anterior anului 1989 a generat nemulțumiri, iar nevoia unei schimbări a devenit imperativă. În ce direcție s-a produs schimbarea? Prin ce mijloace? Acestea sunt întrebări la care vom încerca să oferim un răspuns în cele ce urmează.

S-a folosit foarte des conceptul de revoluție pentru a caracteriza evenimentele din anul 1989 care au avut drept consecință îndepărtarea partidului unic de la conducerea țării, însă de prea puține ori s-a explicat că, în acest context, s-a folosit acest concept cu înțelesul său restrâns și secundar. Conform dicționarului explicativ al limbii române, prin revoluție în sens larg se înțelege o schimbare fundamentală a valorilor, a instituțiilor politice, a structurii sociale, a conducătorilor și a ideologiilor unei societăți. Sensul secundar, *revoluție socială* reprezintă o acțiune socială de transformare radicală, calitativă a societății, prin care se urmărește o trecere de la organizare socială inferioară la o alta superioară acesteia.

După îndepărtarea partidului unic de la conducerea țării a urmat o perioadă de trecere la pluralism politic și democrație, denumită tranziție. Deși perioada de tranziție trebuia să fie una scurtă, aceasta continuă și azi întrucât democrația nu a fost înțeleasă ca o libertate de a ne asuma responsabilitățile cărora le putem face față pentru a păstra ordinea socială, securizată la rândul său de ordinea juridică trasată de acte normative caracterizate de echitate și moralitate.

În considerarea celor menționate și privind din perspectivă criminologică ne punem întrebarea dacă ce a urmat după 1989 este un regim democratic și liberal care a putut să limiteze evoluția criminalității, atât din perspectiva volumului, cât și a structurii acesteia.

2. Specificul criminalității în regimurile totalitare și autoritare. În literatura de specialitate regăsim o analiză generală a criminalității în țările în curs de dezvoltare, care prezintă detaliat criminalitatea legată de situația politică⁴. Într-o abordare precedentă ne-am oprit parțial la acest tip de criminalitate⁵.

Analizând acest tip de criminalitate, trebuie subliniat că acesta ține mai mult de dictaturile existente în anumite părți ale globului. Acestea scindează criminalitatea în două *terrorismul și gherila* pe de o parte și *criminalitatea de stat* pe de altă parte.

Terorismul și gherila sunt forme de criminalitate ce se disting prin țintele, persoanele sau bunurile vizate sau prin mijloacele folosite (tortură, deturnare de avioane, execuții rapide). Criminalitatea de stat, la rândul său, reflectă represiunea statului totalitar asupra acțiunilor criminale, adesea fără respectarea dreptului la apărare, care constituie baza civilizației actuale.

Cu privire la represiunea statului asupra unor acțiuni criminale, respectiv care aduc atingere unor *valori sociale* protejate de statul totalitar, apreciem că se impun unele precizări. În contextul în care printre *valorile* unui regim totalitar regăsim încălcarea drepturilor și libertăților cetățenilor, formalismul separației puterilor în stat, teroarea pentru menținerea ordinii, cenzura și cultul personalității, ne întrebăm dacă nu cumva suntem în prezența unei simple etichetări a crimei. În acest fel este numită orice acțiune prin care se protestează împotriva acestor pseudo valori, sau prin care se urmărește nesocotirea lor.

Pe de altă parte, nu putem să nu ne întrebăm dacă în aceste regimuri întâlnim statistici cu privire la criminalitate. De bună seamă că aceste pot exista, dar nu putem fi siguri cu privire la exactitatea măsurătorilor făcute de acestea, mai cu seamă în privința volumului criminalității.

Statistici pe termen lung cu privire la criminalitate din care rezultă un volum mic sau o stabilitate a acestui fenomen, au fost întâlnite în Elveția și respectiv Japonia și Israel, deși acestea nu sunt dominate de regimuri totalitare. În China comunistă analizarea criminalității se face cu dificultate. Acestea reprezintă doar cazuri particulare unde analiza etiologiei criminalității presupune o abordare detaliată, care ar excede temei prezentului studiu.

3. Specificul criminalității din România. Pentru a putea trece în revistă specificul criminalității din România trebuie recurs la o abordare comparativă a modelului de politică penală consacrat de codurile penale din perioada 1937-2009, cu modelul de politică penală consacrat de noul cod penal în vigoare în prezent, respectiv Legea nr. 286/2009 privind Codul penal⁶.

Cu privire la succesiunea codurilor penale în timp, apreciem, așa cum s-a mai spus⁷, că legea penală din 1937 a servit celor trei regimuri totalitare ulterioare până în anul 1969. Regimul comunist s-a folosit de o legislație adoptată anterior instaurării acestuia, dar cu semnificative influențe sovietice. Este important de menționat că în paralel exista o stufoasă legislație penală care a servit la marea represiune din perioada 1945-1960. O amplă reformă a legislației penale a avut loc 1977, dar, așa cum s-a spus, legislația din 1937 a venit prea târziu întrucât a urmat o perioadă dictatorială. iar cea din 1977 a venit prea devreme.

⁴ Gassin, R., *op. cit.*, p. 347 – 351.

⁵ Popescu, T., V., *Criminalitatea legată de situația politică din România în perioada pandemiei*, Sesiunea științifică a Institutului de Cercetări Juridice al Academiei Române – septembrie 2021.

⁶ Publicată în M. Of. nr. 510 din 24 iulie 2009.

⁷ Stănoiu R.M., *op. cit.*, p. 7-9.

a) *Criminalitatea în perioada regimului comunist.* În România, ca de altfel în mai toate regimurile comuniste putem vorbi de multiple dificultăți în studierea criminalității, atât sub aspectul volumului cât și sub aspectul structurii acesteia. Volumul criminalității se aproximează cu dificultate ca urmare a datelor contradictorii. Apreciem că nu poate fi așa de scăzută criminalitate cum precizau statisticile vremii. Existența multiplilor factori de filtru a jucat un rol important în publicarea unor statistici valide. Nu trebuie omis că unul dintre punctele forte ale sistemului acelor vremuri era tocmai rata scăzută a criminalității.

Din perspectiva trăsăturilor structurale se poate menționa că în sfera criminalității intrau cel mai adesea acele acțiuni îndreptate împotriva sistemului, iar categoria așa-numitelor *infracțiuni de drept comun*, nu prezenta o atenție deosebită. Cu toate acestea, delincvență de funcționare prin abuz de putere a Statului, în principal prin corupție și falsificări, exista sub diverse forme precum delincvență economică, politică, oligarhie sau crime de stat, dar nu era percepută ca atare pentru a fi urmărită și sancționată de organele penale.

Dacă în prezent, prin perspectiva timpului, putem afirma cu certitudine că aceste tipuri de criminalitate au existat, nu se poate afirma cu certitudine care a fost volumul acestora, dat fiind faptul că aceste acțiuni nu au fost niciodată anchetate sau judecate. Spre exemplu, violențele și mai cu seamă corupția erau puțin vizibile. Aceste carențe ale regimului comunist, au generat o lipsă de încredere a oamenilor în lege, care de cele mai multe ori îi dezavantaja, și cu atât mai mult a generat o scădere a încrederii în justiție.

b) *Criminalitatea în perioadele regimului democratic actual.* După 1989, trecerea de la o societate închisă la una deschisă ce promitea libertatea ca regulă și interdicția ca excepție, a găsit societatea românească în plină criză morală. Minimizarea importanței moralei sau a regulilor echitabile în societate, în politică sau chiar în procesul de elaborare a legilor, a dus nu doar la accentuarea crizei morale, ci și la accentuarea stratificării sociale pe parcursul ultimilor 30 de ani. În mod evident, aceste aspecte au avut efecte asupra evoluției criminalității din România.

S-a constatat o creștere continuă a volumului criminalității. Acest aspect se poate pune pe seama dispariției factorilor de filtru. Nu se poate spune că fenomenul criminalității este un produs al perioadelor care s-au succedat după decembrie 1989.

Criminalitatea este și azi în continuă expansiune. Inadaptarea tinerilor pare a fi principala cauză a delincvenței juvenile. Odată cu trecerea timpului asistăm la o delincvență din imprudență ridicată în mai multe zone de activitate. Accidentele rutiere sunt tot mai numeroase și au drept cauze din ce în ce mai diverse. Accidentele de muncă devoalează adesea reguli precare de organizare. Neglijența profesională întâlnită spre exemplu în medicină la chirurghi, medici generaliști sau dentiști, scot la iveală o pregătire insuficientă. Asistăm la noi forme de criminalitate organizată care în prezent se manifestă sub multiple fațete precum gansterism, delincvență prin înșelăciune, exploatarea viciilor prin drog, prostituție sau jocuri de noroc. Delincvența în afaceri a atins cote paroxistice, mai cu seamă în cazul afacerilor ce presupun acces direct sau indirect la banul public. Nu în ultimul rând trebuie menționate violența urbană, criminalitatea informatică și, deloc de neglijat azi, criminalitatea antreprenorilor exercitată asupra angajaților sau prin eludarea plății taxelor către stat. Uneori pot fi întâlnite și abuzuri ale instituțiilor publice asupra angajaților.

Toate formele de criminalitate menționate sunt efectul minimizării importanței actelor normative care să stabilească criteriile morale într-o societate. Și cum echitatea este primul indiciu al moralității, dar și a echilibrului generator de progres, putem afirma că aceasta nu a reprezentat un obiectiv avut în vedere nici pe plan politic, nici în plan legislativ. Tolerarea sistematică a inechității, mai cu seamă a inechității distribuirii resurselor financiare, se află la originea multiplelor forme de criminalitate economică.

În plus, apariția unor acte normative care au generat și întreținut inechitatea distribuirii resurselor financiare reprezintă cartea de vizită a unei clase politice pe cât de imorale și incorecte față de cetățeni, pe atât de perseverentă în menținerea privilegiilor financiare pentru anumite categorii sociale. O dovadă certă în acest sens este reprezentată de jurisprudența Curții Constituționale, care a respins în mod sistematic excepțiile de neconstituționalitate ridicate împotriva unor legi profund imorale, prin care s-a generat și întreținut inegalitatea în distribuirea resurselor financiare. Este de la sine înțeles că aceste aspecte particulare ale societății de azi au avut efecte colosale în privința criminalității.

4. Influența dreptului românesc asupra evoluției criminalității. Trebuie subliniat că prin crimă înțelegem acțiuni prin care sunt aduse atingeri unor valori sociale, indiferent dacă aceste acțiuni sunt sau nu sancționate de legislația penală. Așa cum am mai afirmat⁸ plecând de la opiniile exprimate în literatura de specialitate⁹, la prima vedere relația dintre crimă și criminalitate s-ar putea expune suplu prin afirmația potrivit căreia criminalitatea este suma crimelor individuale, iar crimele individuale nu pot fi privite ca simple diviziuni ale criminalității; astfel, dacă numărul crimelor individuale crește, atunci crește și criminalitatea, iar dacă numărul acestora scade, atunci scade și criminalitatea.

Delimitarea conceptelor menționate se impune din perspectiva analizei acestora, care diferă sub aspecte de ordin practic și metodologic, a rezultatelor urmărite și, nu în ultimul rând, a identificării și alegerii mijloacelor adecvate de prevenire. Mijloacele și modelele de prevenire a criminalității sunt la fel de diverse pe cât de diversă este tipologia crimelor sau a criminalilor.

Apreciem că politicile penale reprezintă locul comun al prevenirii multiplelor forme de criminalitate. Or, în sistemul dreptului românesc, profund influențat de factorul politic, își găsesc locul reglementări legale care prilejuiesc acțiuni care în mod evident aduc atingere unor valori sociale. Marele paradox nu este reprezentat de persistența unor astfel de reguli, ci de modul în care acestea sunt protejate în mod sistematic. Rațiunea apariției unor astfel de reglementări care protejează anumite categorii de oameni, nu este greu de intuit, dar protecția fenomenului la cel mai înalt nivel, inclusiv de către instanța de contencios constituțional, ni se pare inacceptabilă. Aici poate fi amintit cu titlu exemplificativ eterna dilemă a pensiilor, care adesea depășesc salariile, în cazul unor funcționari publici.

Apariția unor acte normative imorale, existența unor legi ale căror sancțiuni sunt lipsite de virtutea certitudinii, contribuie la creșterea volumului criminalității în România. Toate împrejurările menționate au constituit premise ale schimbării structurii criminalității. La adăpostul lipsei de certitudine cu privire la aplicarea pedepsei, tipologia crimei și a criminalilor este azi mai diversă decât oricând, aspect care permite tragerea unor sumare concluzii.

Concluzii. România s-a aliniat treptat implementării progresive a democrației liberare, fenomen la care asistăm pe plan european încă de la începutul secolului XX.

Prin acest fenomen, *pe de o parte* se evită forme de criminalitate particulare, foarte grave întâlnite în regimuri totalitare precum cele naziste, fasciste sau comuniste sau forme de criminalitate izvorâte din modul de funcționare al statului totalitar. Spre exemplu, modul de

⁸ Popescu, T., V., *Connection between Crime and Criminality—Criminological Perspective*, RAIS Conference Proceedings – The 17th International RAIS Conference on Social Sciences and Humanities, organizată de Research Association for Interdisciplinary Studies (RAIS), 01-02 iunie 2020, Washington DC, USA, Ed. RAIS – Beltsville, Maryland, 20705, U.S.A., sub licența Creative Commons Attribution (CC-BY), 2020, ISSN 2578-8574, ISBN: 978-1-945298-30-1, 2020, <http://rais.education/proceedings-of-the-17th-rais-conference>

⁹ Gassin, R., *op. cit.*, p. 657- 665.

funcționare al statelor socialiste care organizează întreaga activitate economică, politică socială și culturală, ce generează premisele criminalității din sfera politică sau oligarhismul¹⁰. *Pe de altă parte*, democrațiile liberale în mod cert favorizează, într-o anumită măsură, diverse forme de criminalitate. Unele sunt specifice regimului democratic precum fraudele electorale sau corupția liderilor politici și reprezintă fenomene de o gravitate extremă, care pun sub semnul îndoielii funcționarea statului de drept.

În raport cu cele două forme de organizare socială putem afirma că în democrațiile liberale se regăsesc pe lângă formele de criminalitate specifice menționate, multiple forme de criminalitate comună, mult mai multe decât în regimurile totalitare, care controlează strict populația prin instituțiile sale, restrângând pe cât posibil situațiile în care se poate manifesta comportamentul antisocial. Controlul social exercitat într-o așa manieră, poate reprezenta o formă de prevenire a acestor tipuri de criminalitate.

Din considerentele menționate, se poate afirma că democrațiile liberale pot reprezenta în anumite situații factor favorizant al criminalității. De aici până la a concluziona că democrațiile liberale sunt ele însele criminogene, nu mai este mult. În această direcție se ajunge dacă politicile penale sunt deficitare și nu respectă principiile generale de morală și echitate care stau inclusiv la temelia principiilor prevenirii criminalității.

Platon și Aristotel au conturat aspectele generale cu privire la prevenire, având la bază virtuțile pedepsei, mai cu seamă cel privind certitudinea acesteia amintită anterior. Principiile au fost consolidate încă din a doua parte a secolului XVIII, când Beccaria a susținut că prevenirea se poate face și indirect, prin modul în care sunt făcute legile și prin modul cum acestea sunt respectate, în principal, de magistrați. Legile trebuie să apere clase de oameni și nu indivizi, să fie clare și bune, să fie lipsite de echivoc și să nu apere interesele și privilegiile celor puțini. În aceste circumstanțe, oamenii ar ajunge să se teamă de legi și nu de alți oameni¹¹.

În conformitate cu opiniile pozitivist, pedeapsa constituie un mijloc de apărare socială cu caracter curativ, prin care se urmărește vindecarea criminalului. În acest sens, Enrico Ferri afirma că infracțiunea este mai întâi un fenomen natural și social care trebuie prevenit și apoi este o entitate juridică. Prin intermediul instrumentului juridic se ajunge, în caz de nevoie, la represiune.

Apreciem că funcționarea democrațiilor liberale de astăzi are la bază obținerea și mai apoi menținerea puterii de către o anumită formațiune politică. În cazul în care obținerea și menținerea puterii se realizează prin fapte de corupție, ori fraudarea alegerilor, putem ajunge la concluzia că democrațiile liberale sunt criminogene.

Prin corupție se poate obține puterea politică. Pentru a se menține, trebuie implicați în conducerea instituțiilor publice cheie acei oameni care aparțin formațiunii politice câștigătoare în alegeri, ca o garanție a îndeplinirii programului de guvernare. Apreciem greșită această politizare profundă a instituțiilor publice. O garanție mult mai solidă pentru punerea în aplicare a unui plan de guvernare eficient și util cetățenilor, este competența oamenilor din instituțiile publice. Profesorul Ion Deleanu, în prefața volumului *Ficțiunile juridice* a integrat un motto semnificativ în acest sens *Grandoarea sau decadența instituțiilor depinde numai de oamenii care le creează, le populează sau le profesează. Cum sunt oamenii așa sunt și instituțiile. Restul e retorică.*

¹⁰ Gassin R. *op.cit.*, p. 366-369.

¹¹ Beccaria, C., *Despre infracțiuni și pedepse*, Ed. Rosetti, București, 2001.

Librăria ta de carte de specialitate juridică, economică și business

Din 2008 suntem
alegerea lor...

TU?



Cursuri universitare • Tratate • Monografii • Coduri • Legislație • Jurisprudență • Reviste de specialitate

www.ujmag.ro



Bd. Iuliu Maniu nr. 7, clădirea Cotroceni Business Center corp C,
sector 6, București (lângă AFI MALL)

021.312.22.21 | 0733.673.555 | comenzi@ujmag.ro